# Der Gesamtakt und die Vereinbarung im System des deutschen Privatrechts

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftl. Fakultät
(Rechtswissenschaftl. Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

Vorgelegt von

**Herbert Lang**
Referendar in Stuttgart

Urach (Württbg.)
Fr. Bühlersche Buchdruckerei / Inh. Dr. Otto Weise
1931

Berichterstatter: Prof. Dr. H. Stoll

Dekan: Prof. Dr. W. Schönfeld.

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Juni 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Onkel
Dr. jur. Walther Lang, Amtsrichter a. D.
in Dankbarkeit zugeeignet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550003_0032

# Literatur-Verzeichnis.


Biermann: Bürgerliches Recht, Band 1, 1908, Berlin.

Binding: Die Gründung des norddeutschen Bundes (Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid, 1888.

Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

Cosack: Deutsches bürgerliches Recht 6. Auflage, 2. Band Jena 1913.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussen, 4. Auflage, Halle 1909.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch 1. Bd., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerl. Recht 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 1, Berlin 1903.

Enneccerus-Nipperdey: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, Marburg 1930.

Eiser: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der eingetragenen Genossenschaften. Berlin 1930.

Gierke: Grundbegriffe des Staatsrechts, Tübingen 1915.
Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.

Gleitsmann: Vereinbarung und Gesamtakt im Verwaltungsarchiv X 1902.

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin—Leipzig 1926.

Haff: Jn der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. 2, S. 178 ff.

Heck: Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des bürgerl. Rechts. Jn der Festschrift für Gierke 1911. (zit. Heck).

Heck: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen, 1930 (zit. Heck, Grundriss.)

Heinsheimer: Handelsrecht in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Berlin 1927.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des bürgerl. Gesetzbuchs Bd. 1, München 1900.

Horrwitz: Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Berlin 1913.

Hueck: Die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei der A.-G. 1924.

Hueck-Nipperdey: Arbeitsrecht. Lehrbuch, 1930.

Kaskel: Arbeitsrecht in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Berlin 1925.

Kohler: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Berlin 1904.

Kuntze: Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller 1892.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Auflage 1912.
Das Recht der Aktiengesellschaften, Berlin 1898, 1904.
Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 1 1902/14.

Oertmann: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch 3. Auflage Berlin, 1927.

Planck: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch Bd. 1, 1913 und Bd. 3 1906.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Berlin und Leipzig, 1928.

Ruth: „Eintritt und Austritt von Mitgliedern", eine Studie zum Körperschaftsrecht in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 88, S. 454 ff.

Schönfeld: „Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft. Versuch einer juriſtischen Theorie der Rechtsperson" in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 75 S. 333 ff.

„Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts" in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts 2. Bd. 1929, S. 191 ff.

Staub-Pinner: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 12., 13. Auflage Berlin, Leipzig 1926.

Staudinger: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch 1. Bd. Allgem. Teil 9. Auflage 1925.

Stoll: „Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit" in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts 2. Bd. 1929, S. 49 ff.

Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. 2, 2. Abteilg. 1918.

Triepel: Völkerrecht und Landesrecht 1893.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts. München und Leipzig 1910 1916.

Walz: „Die Vereinbarung als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts" im Archiv für öffentliches Recht neue Folge, Bd. 14, 1928.

Wieland: Handelsrecht, 1. Bd. München und Leipzig 1921.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 9. Auflage, Frankfurt 1906.
Wolff: Das Sachenrecht, Marburg 1929.

## Dissertationen:

Bach: Die Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Leipzig 1913.
Bangert: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Mitgliederversammlung des rechtsfähigen Vereins, Jena 1927.
Finke: Die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung einer A.-G., Bonn 1928.
Hahn: Der Einfluss von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen, Marburg 1912.
Moos: Die Jnteressenkonflikte bei betrügerischem Abschluss von Gesellschaftsverträgen, Tübingen 1911.
Moses: Die Gesamtprokura, Erlangen 1922.
Pötsch: Die Gesamtprokura, Leipzig 1911.
Rosenfeld: Die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der Gesellschafterbeschlüsse der G. m. b. H., Würzburg 1920.
Scharffenberg: Das rechtliche Wesen des Gründungsaktes bei einem rechtsfähigen Verein, Greifswald 1920.
Votteler: Nachträgliche Zustimmung bei der Gesamtvertretung, Tübingen 1923.
Weidler: Die Generalversammlungsbeschlüsse bei der Aktiengesellschaft und ihre Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, Tübingen 1911.
Welling: Die rechtliche Natur der Gründung der A.-G., Würzburg 1926.
Willerscheidt: Die Errichtung der G. m. b. H. verglichen mit der des eingetragenen Vereins, Würzburg 1923.

## Zeitschriften und Entscheidungssammlungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. R.G.)
Juristische Wochenschrift (zit. Jur. W.)
Das Recht.
Leipziger Zeitschrift.
Deutsche Juristenzeitung. (zit. D. J. Z.)
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

# Inhalts-Verzeichnis.


Seite

I. Abschnitt: **Ueberblick über die Literatur** . . . . . 1

1. Kapitel: Die Gedanken Kuntze's . . . . . 1
2. Kapitel: Die Anhänger Kuntze's . . . . . 3
3. Kapitel: Die Gegner Kuntze's . . . . . 12

II. Abschnitt: **Grundlegungen** . . . . . 22

1. Kapitel: Die Methode der juristischen Begriffsbildung 22
2. Kapitel: Der Inhalt der Rechtsbegriffe „Rechtsgeschäft" und „Vertrag" . . . . . 24

III. Abschn **Die einzelnen strittigen Erscheinungen** . . . . . 28

1. Kapitel: Die Gründung einer juristischen Person . . . 28
   a) Geschäftsfähigkeit und Vertretung . . . . . 28
   b) Anfechtbarkeit der Gründungserklärungen . . . . . 32
   c) Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B. auf Gründungsakte . . 47
   d) Die Anwendung der Vertragsgrundsätze auf Gründungsakte . . . 51

2. Kapitel: Der Beschluss . . . . . 58
   Beispiele . . . . . 58
   a) Geschäftsfähigkeit und Richtung der Abstimmungserklärungen . . 59
   b) Die Anfechtbarkeit der Abstimmungserklärung . . . . . 61
   c) Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B. . . . . 64
   d) Verhältnis zwischen Beschluss und Vertrag . . . . . 70
   e) Die Theorie Kohler's und Ruth's . . . . . 72

3. Kapitel: Die „gemeinsamen Rechtsgeschäfte" . . . . . 75
   Ergebnis . . . . . 82

# I. Abschnitt:

# Ueberblick über die Literatur.

## Kapitel 1:

## Die Gedanken Kuntze's.

Jn der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller vom Jahr 1892 hat Emil Kuntze eine Arbeit erscheinen lassen, in der er den Beweis zu führen sucht, dass im Umkreis der privatrechtlichen Rechtsgeschäfte neben dem Vertrag, dem Kuntze eine besonders bedeutungsvolle Stellung nicht abspricht (S. 20), sich noch eine andere Erscheinungsform rechtsgeschäftlichen Handelns findet, deren reinliche Scheidung vom Vertragsbegriff er im Jnteresse einer besseren Systematisierung des Privatrechts für notwendig hält.

Kuntze geht davon aus, dass es Rechtsgeschäfte gibt, bei denen die Beteiligten nicht sich gegenüber, sondern nebeneinander stehen und „nebeneinander handeln zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung im Verhältnis zu Dritten" (S. 47). Damit hängt nach Kuntze ein sehr wesentliches Merkmal dieser Rechtsgeschäfte zusammen, nämlich die Möglichkeit, dass sich an ihnen eine ganz beliebige Zahl von Personen beteiligen kann (S. 43), im Gegensatz zum Vertrag, bei welchem grundsätzlich nur zwei Personen mitwirken können, die sich mit entgegengesetzten Jnteressen gegenübertreten und in der Einigung eine Willensbindung herstellen. Kuntze spricht insoweit von der pluralistischen (Gegensatz: dualistischen) Natur dieser Rechtsgeschäfte, wobei er nicht übersieht, dass der Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts durchaus pluralistischer Natur ist (S. 32) und damit den Wert dieses Unterscheidungsmerkmales bereits wieder etwas in Frage stellt. Kuntze prägt für die Rechtsgeschäfte, deren Abscheidung vom Vertrag er im Auge hat, die Bezeichnung „Gesamtakt", um schon in ihrem Namen ihre Eigenart dahin zu kennzeichnen, dass mehrere Personen durch Abgabe gleichlautender und gleichgerichteter Willenserklärungen zum Zweck der Befriedigung gleichgerichteter Jnteressen zusammen handeln. Der Gesamtakt zielt deshalb nie auf eine Rechtswirkung zwischen den Beteiligten wie der Vertrag, sondern immer auf eine solche über ihren Rechtskreis hinaus zu dritten Personen (S. 45).

Kuntze unterscheidet verschiedene Arten von Gesamtakten. Angenommen, ein Ehepaar hat gemeinsam eine Wohnung gemietet und kündigt durch eine gemeinsame Erklärung an den Vermieter. Jn diesem Fall soll ein einseitiger Gesamtakt vorliegen (S. 53). Anders, wenn Miteigentümer eines Grundstücks einem Dritten eine Hypothek bestellen. Hier enthält ein Vertrag (die Begründung des dinglichen Rechts) zugleich die Elemente des Gesamtaktes (nämlich die gemeinsame Erklärung der Miteigentümer

an den Dritten). Kuntze spricht hier von mehrseitigem Gesamtakt (S. 54). Denkbar ist auch, dass bei einem Vertrag auf b e i d e n Seiten mehrere Personen stehen. Dann liegen nach Kuntze zwei Gesamtakte vor, „die zu einem Vertrag zusammenschmelzen" (S. 54). So wenn z. B. zwei Aktiengesellschaften, die je durch ihren mehrgliedrigen, nur gesamtvertretungsberechtigten Vorstand vertreten werden, einen Vertrag miteinander schliessen.

Bei den einseitigen Gesamtakten unterscheidet Kuntze wieder zwischen solchen, die sich auf ein Rechtsverhältnis beziehen, z. B. Kündigung zweier Mieter und solchen, die auf Schaffung einer Rechtssphäre abzielen (S. 55). Bei den letzteren hat Kuntze die Rechtsgeschäfte im Auge, durch die Korporationen geschaffen werden. „Der Vertrag kann nicht schaffend auftreten", sagt Kuntze (S. 55). Er begründet diese These nicht, wohl deshalb, weil sie für ihn selbstverständlich ist: „Ein Schöpfungsakt kann durch Vertrag höchstens vorbereitet werden, nicht verwirklicht werden". Eine Kombination zwischen Gesamtakt und Vertrag ist deshalb in der Weise möglich, dass zwischen den Beteiligten zunächst ein Vertrag (Gesellschaftsvertrag) geschlossen wird, in welchem sie sich verpflichten, bei dem Gesamtakt mitzuwirken und damit den Gesellschaftszweck zu erfüllen (S. 65 ff.). Diesen letzteren Gedanken verwertet Kuntze in der seiner Arbeit anhangweise beigefügten Untersuchung über die Gründung einer Aktiengesellschaft (S. 73 ff.). Er führt hier aus: „ Die Konstituierung der Aktiengesellschaft ist ein Gesamtakt. Jm Augenblick der protokollarischen Feststellung des Gesellschaftvertrages bezw. der Eintragung ist die Aktiengesellschaft als neues Rechtssubjekt entstanden, es liegt eine juristische Schöpfung vor. Die Unternehmer in der Sitzung sind die Urheber, der Richter oder Notar konstatiert den Schöpfungsakt". Bei der Besprechung der Sukzessivgründung verdeutlicht Kuntze dies noch insofern, als er sagt, in dem Errichtungsbeschluss (hier gemäss § 196 Abs. 1 HGB.) werde bereits der Gesamtakt vollzogen. Das Registrierungsmoment sei nur formaler Natur. Die Registrierung sei Vorbedingung nur für den Betrieb der Aktiengesellschaft, nicht für ihr Dasein. Demnach steht also Kuntze auf dem Standpunkt, dass die Feststellung des Gesellschaftsvertrages gem. § 182 HGB. bereits den entscheidenden schöpferischen Gesamtakt darstellt. Er führt dann weiter aus, der Schöpfungsakt könne durch Vertrag vorbereitet werden: Die Unternehmer verpflichten sich gegenseitig, Aktien zu übernehmen, ein Statut zu entwerfen, Vorstand und Aufsichtsrat zu wählen und die konstituierende Sitzung zu besuchen. Es liege dann ein Gesellschaftsvertrag vor, eine Vorstufe zur Gründung. Dass ein solcher Gesellschaftsvertrag dem Gesamtakt vorausgehe, sei aber begrifflich nicht notwendig.

Eine weitere Einteilung der Gesamtakte bedarf noch der Erwähnung. Kuntze scheidet zwischen äqualen und inäqualen Gesamtakten (S. 50). Unter den letzteren will er Erscheinungen wie die Zustimmung und die Genehmigung verstehen.

Kuntze misst dem von ihm geschaffenen Rechtsbegriff Wert und Bedeutung auch für das öffentliche Recht bei. Er meint, dass im konstitutionellen Staat das Zusammenwirken der mehreren gesetzgebenden Gewalten (Krone-Volksvertretung) sich in Gesamtakten vollziehe (S. 56). Weiter sieht Kuntze einen Gesamtakt von hervorragender Bedeutung in dem Zusammentritt mehrerer Staaten zu einem Bundesstaat (S. 83 ff.). Folgerichtig muss auch hier Kuntze die Fähigkeit eines völkerrechtlichen Vertrages, ein neues Rechtssubjekt, in diesem Fall einen neuen Staat, zu schaffen, leugnen und seine Wirksamkeit auf die Vorbereitung des Gesamtaktes beschränken.

Nicht unter den Oberbegriff des Gesamtaktes will Kuntze den sogenannten „Simultanakt" gebracht wissen (S. 67). Ein solcher soll dann vorliegen, wenn jeder Teilnehmer an dem Rechtsgeschäft für sich eine besondere Rechtswirkung erstrebt. Als Beispiel nennt Kuntze die vertragliche Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses (§ 427 BGB.).

Eine Sonderstellung weist Kuntze auch den Kollegialbeschlüssen zu. Er sagt (S. 72 ff.): „Solche Beschlüsse sind nicht Verträge, aber ich möchte sie auch nicht den Gesamtakten beizählen". Seine Begründung für letzteres liegt auf der Hand: Der Beschluss ist grundsätzlich eine interne Angelegenheit der Beschliessenden. Er pflegt dem Handeln vorherzugehen und ist durch das Vollziehungsorgan erst auszuführen. Erst mit dieser Ausführungshandlung tritt er über den Rechtskreis der Beschliessenden hinaus. Diese Handlung kann ein Gesamtakt sein, braucht es aber nicht. Eine Sonderstellung räumt Kuntze wiederum den Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft ein, die auf das Dasein der Aktiengesellschaft, ihre Gründung, Fusion oder dgl. gerichtet sind. Sie haben die Bedeutung von Gesamtakten, da es sich bei ihnen immer um unmittelbare Erzeugung einer Rechtswirkung handelt.

## Kapitel 2:

## Die Anhänger Kuntze's.

Die im Vorstehenden in ihren wesentlichen Zügen dargestellten Gedanken Emil Kuntzes sind, nachdem sich bereits vorher namentlich Gierke[1] und Binding[2] mit den fraglichen Erscheinungen befasst hatten, begreiflicherweise in der Folgezeit verschiedentlich aufgegriffen und weitergeführt worden, in der privatrechtlichen wie in der öffentlich-rechtlichen Literatur und haben in gleichem Mass Zustimmung und Widerspruch gefunden. Es erscheint zweckmässig, wenn wir, ehe wir zu den Ausführungen Kuntzes kritisch

[1] „Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung" 1887. Die „Grundbegriffe des Staatsrechts", Tüb. 1915.

[2] „Die Gründung des Norddeutschen Bundes" (Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid) 1888.

Stellung nehmen, uns einen Ueberblick über den Verlauf und die Ergebnisse dieser Diskussion verschaffen. Wir werden so rasch zu dem wesentlichen Kern des Problems hingeführt werden und erkennen, dass, zwar wiederum bei manchen Abweichungen im einzelnen, sich doch im wesentlichen zwei Auffassungen gegenüberstehen, die von ganz entgegengesetzten grundsätzlichen Auffassungen vom Recht bestimmt erscheinen.

Wir wollen deshalb im folgenden zunächst auf die Autoren eingehen, die sich zu den Gedanken Kuntzes im grossen Ganzen zustimmend geäussert haben, und im Anschluss daran ihre Gegner behandeln.

Gierke hatte bereits im Jahre 1887 in seinem Werk „Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung" eine grundsätzliche Scheidung zwischen Individual- und Sozialrecht vollzogen und diese auch seinen späteren Werken[1] zu Grunde gelegt. Gierke geht davon aus, dass der Vertrag ein Rechtsgeschäft ist, bestimmt, zwischen unverbundenen Einzelpersonen, Individuen, Rechtsverhältnisse herzustellen und dass er deshalb nur im Individualrecht seine Stätte hat[2]. Im Sozialrecht, das die Verhältnisse der menschlichen Gemeinschaften, der Korporationen des öffentlichen und privaten Rechts regelt, tritt nach Gierke anstelle des Rechtsgeschäfts, das Willensbindungen schafft, der „konstitutive Willensakt", dessen Wesen die Willensorganisation ist. Dieser kann Gesamtakt oder Einzelakt sein, entsprechend der Scheidung der Rechtsgeschäfte im Individualrecht in Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte. Solche konstitutiven Gesamtakte erblickt Gierke in allen auf die Gründung, Veränderung, oder Auflösung juristischer Personen gerichteten Rechtshandlungen. Bezeichnend für seine Auffassung sind Sätze wie diese: „Die Erzeugung von Gemeinwesen erfolgt durch Lebensvorgänge, in denen sich die soziale Schöpfungskraft des Menschen offenbart"[3]. Weiter: „Seiner rechtlichen Natur nach ist der Vereinigungsakt ein sozialrechtlicher Konstitutivakt"[4]. Ebensowenig sind nach Gierke der Eintritt in eine bereits bestehende juristische Person oder der Austritt aus einer solchen als einseitige Rechtsgeschäfte, sondern als konstitutive Einzelakte anzusehen[5].

[1] „Deutsches Privatrecht" 1895. Weiter „Grundbegriffe des Staatsrechts" 1915.

[2] „Genossenschaftstheorie". S. 134, Anm. 3.: „Die dem Vertrag zugemutete Leistung, ein neues und selbständiges Rechtssubjekt hervorzubringen, wird solange undenkbar bleiben, als unter Vertrag eine Willenseinigung über die Gestaltung subjektiver Rechtsverhältnisse verstanden wird. Soll nicht überhaupt der ganze Vertragsbegriff unklar zerfliessen, so muss er streng auf das Gebiet der von der Rechtsordnung anerkannten Freiheitssphäre für sich stehender Subjekte eingeschränkt werden".

[3] „Deutsches Privatrecht", § 63 I.

[4] „Deutsches Privatrecht", § 63 I, 2.

[5] „Grundbegriffe des Staatsrechts", S. 116 ff.: „Der Ein- oder Austritt eines Mitgliedes ist für diese selbst kein obligatorischer Akt, sondern eine Veränderung der Persönlichkeit als solcher, indem ein Stück von ihr einer anderen Persönlichkeit einverleibt oder der individuellen Besonderheit zurückgegeben wird".

Aus dieser Grundeinstellung heraus stellt Gierke ebenso wie Kuntze den Gründungsakt und den Beschluss in Gegensatz zum Vertrag und gesteht diesem und anderen Jndividualrechtsgeschäften höchstens die Fähigkeit zu, die Körperschaftserrichtung vorzubereiten[1]. Er lehnt es aber folgerichtig ab, Fälle, in denen beim Abschluss eines Vertrags auf der einen Seite mehrere Personen beteiligt sind, unter seinen Gesamtaktsbegriff zu bringen[2].

Josef Kohler geht in seinem im Jahr 1906 erschienenen Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (§ 239) von dem Begriff der Rechtshandlung aus. Unter ihm fasst er alle Willenserklärungen der Rechtssubjekte, die auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sind, zusammen. Er unterscheidet dann hier wieder die Rechtsgeschäfte und die abhängigen Rechtshandlungen (Rechtshandlungen i. e. S.). Hierauf beruht die eigenartige Theorie Kohlers vom Wesen des Vertragsschlusses (§ 244): Der Offerent nimmt ein Rechtsgeschäft vor. Durch die Offerte wird eine sogenannte „Rechtslage" erzeugt. Auf Grund dieser Rechtslage nimmt der Acceptant eine abhängige Rechtshandlung vor, nämlich die Annahmeerklärung, durch die der Vertragsschluss vollendet wird. Die Annahmeerklärung ist deshalb im Gegensatz zur Offerte kein Rechtsgeschäft, sondern eine abhängige Rechtshandlung, weil ihre Rechtsfolge nur eintritt, wenn die durch die Offerte geschaffene Rechtslage wirklich vorhanden ist.

Die abhängige Rechtshandlung kann sich so gut wie auf einer Rechtslage (wie beim Vertrag) auch auf ein schon fertiges Rechtsverhältnis beziehen. So hält Kohler die Annahmeerklärung des Vereinsvorstandes — wenn diese zur Voraussetzung des Eintritts eines neuen Mitgliedes gemacht ist — für eine abhängige Rechtshandlung, die sich auf der Eintrittserklärung, die bereits ein vollendetes Rechtsgeschäft ist, aufbaut. (§ 245 II).

Kohler gibt zu (§ 239), dass sich auch die Rechtsgeschäfte „an ein Recht oder eine dem Recht entsprechende Befugnis anlehnen" können. „Sie sind aber in solchen Fällen nicht die naturgemässen Fortbildner dieser Befugnisse, vielmehr wird mit ihrer Hilfe etwas wesentlich Neues geschaffen". Ob im Einzelfall ein rechtliches Zusammenwirken mehrerer Personen sich in überzeugender Weise zu den fortbildenden Rechtshandlungen oder zu den neuschaffenden Rechtsgeschäften zählen lässt, kann zweifelhaft erscheinen. Wenn Kohler einerseits erklärt (§ 239), dass die Aenderung eines Rechtsverhältnisses durch Aenderungsvertrag, die Aenderung und Aufhebung eines Vereins, einer Gesellschaft durch Aenderungs- und Aufhebungsbeschluss, Rechtsgeschäfte sind, im anschliessenden Ka-

---

[1] „Deutsches Privatrecht", § 63, I, 2.

[2] „Deutsches Privatrecht", S. 283, Anm. 3: „Ein solcher Sammelbegriff dürfte sich kaum als sehr fruchtbar erweisen. Jedenfalls ist bei Rechtsgeschäften die Gesamtwillenserklärung der „Parteigenossen" nur der Willenserklärung einer Einzelpartei gleichwertig und modifiziert den rechtsgeschäftlichen Typus so wenig, wie die zur Vollständigkeit einer Parteierklärung etwa erforderliche Genehmigung einer anderen Privatperson".

pitel seines Lehrbuchs (§ 240) jedoch ausführt, dass die abhängigen Rechtshandlungen folgende Aufgaben haben können: 1. . . ., 2. . . ., 3. . . ., 4. . . ., 5. ein Recht oder Rechtsverhältnis zu ändern, 6. zu beendigen, 7. zu vernichten, so liegt hier ein Widerspruch vor, den Kohler nicht zu erklären versucht.

Kohler unterscheidet zwischen dem Vertrag und der sogenannten Parallelerklärung[1]: „Wenn mehrere nach einer Richtung hin Erklärungen machen, sodass diese sich zu einem einheitlichen Erfolg treffen. Das ist gerade der Gegensatz zum Vertrag, denn dieser verlangt, dass zuerst eine Rechtslage geschaffen wird, auf welche der andere die Erklärung zu bauen hat, während bei der Parallelerklärung alle Erklärungen zusammen in einheitlicher Weise zu einem Erfolg zusammenwirken".

Die juristischen Personen des Privatrechts entstehen nach Kohler meist durch Rechtsgeschäft, die „Gründung" oder das „Stiftunggeschäft". Von selbst verstehe sich, sagt er (§ 145 III), dass, wenn in diesem Fall mehrere sich erklären, dies keine Vertragserklärung sei, da die beiden Teile sich nicht als Antragender und Annehmender gegenüberstehen. „Die Erklärungen sind nicht entgegenkommende Erklärungen, sondern Parallelerklärungen in Bezug auf ein- und denselben Punkt". Kohler fügt hier den bedeutungsvollen Satz bei: „Es sind allerdings Parallelerklärungen, die der eine an den anderen richtet".

Kipp zu Windscheid hat in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts (§ 60) ebenfalls zu der Frage der juristischen Natur der Korporationsgründung Stellung genommen. Er stimmt Kuntze und Gierke dahin bei, dass der Gründungsakt vom Vertrag zu unterscheiden sei: „Die Gründer handeln nicht in Bezug aufeinander, sondern gemeinschaftlich zu einem dritten Zweck. Es ist in der Tat ein Fortschritt in der Begriffsbildung, wenn man Akte dieser Art nicht Verträge nennt, sondern als Gesamtakte selbständig auffasst".

Biermann[2] geht in der Beurteilung der Fälle, in denen beim Abschluss eines Vertrages auf der einen Seite mehrere Personen mitwirken, mit Gierke insofern einig, als auch er einem derartigen Zusammenhandeln den selbständigen Rechtserfolg abspricht[3]. Im Gegensatz zu Gierke will aber Biermann gerade diese Handlungserscheinungen allein unter den Begriff „Gesamtakt" zusammenfassen .

Bei den zwei- und mehrseitigen Rechtsgeschäften, die die Willenserklärungen von zwei oder mehr Beteiligten enthalten, unterscheidet Biermann nur Verträge und Beschlüsse. Hieraus ergibt sich

[1] § 245 I.

[2] „Bürgerliches Recht", Bd. 1, 1908.

[3] § 45, 5: „Der Rechtserfolg tritt durch das Rechtsgeschäft ein und ist kein anderer, als wenn nicht eine Mehrheit von Personen, sondern eine einzelne Person die Willenserklärung abgegeben hätte".

für ihn die Notwendigkeit, die Gründungsakte unter die Beschlüsse einzureihen. Denn einerseits kann nach seiner Ansicht „ein Rechtsgeschäft, an dem vielleicht Dutzende von Personen mitwirken", nicht zu den einseitigen Rechtsgeschäften gerechnet werden. Andererseits kann der Gründungsakt kein Vertrag sein, „da nicht bloss Verpflichtungen jedes Vereinsmitgliedes gegenüber allen andern begründet werden, sondern ein neues den Vereinsmitgliedern übergeordnetes Rechtssubjekt geschaffen werden soll". Biermann befindet sich also auch hier zu Gierke lediglich in einem terminologischen Gegensatz: Der konstitutive Gesamtakt Gierkes ist der Beschluss Biermanns.

Auch Lehmann[1] macht sich bezüglich der Korporationsgründung die Gesamtaktstheorie Kuntzes und Gierkes zu eigen. Er beschreibt die Gründung einer Aktiengesellschaft folgendermassen (§ 76): „Die Feststellung der Satzung ist der Einleitungsakt der Gründung. Sie lässt sich bezeichnen als Urgründungsakt. Dieser Urgründungsakt erfolgt in der Gestalt eines Beschlusses. Der Gründungsbeschluss als solcher ist kein Gesellschaftsvertrag, denn die Absicht der Gründer ist nicht darauf gerichtet, eine Gesellschaft ins Leben zu rufen und sie wollen sich nicht bloss gegenseitig verpflichten, die Erreichung des Aktiengesellschaftszweckes zu fördern — vielmehr stellt er einen Gesamtakt dar, der die Inkorporierung der Aktiengesellschaft einleitet. Doch geht dem Gründungsbeschluss zur Seite eine Gründungssozietät, durch welche die Gründer gegenseitig verpflichtet sind, ihre Mitwirkung zur Durchführung der Gründung zu gewähren".

Die Aktienzeichnung ist nach Lehmann[2] kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine Art Statusakt. Sie stellt einen an die Oeffentlichkeit gerichteten Gesamtakt sämtlicher Zeichner dar.

Nach Cosack[3] geht die Errichtung des Vereins durch die Gründer in der Weise vonstatten, dass diese die Gründung des Vereins auf Grund einer für ihn entworfenen Satzung „beschliessen", dass sie sodann dem Verein als Mitglieder beitreten und dass endlich für den Verein der 1. Vorstand bestimmt wird. Diese Errichtung ist, wie Cosack meint, ein einseitiges Rechtsgeschäft, das dem Registergericht gegenüber vorzunehmen ist. Cosack zieht aber aus dieser Konstruktion nicht die Folgerung, dass die Beitrittserklärungen zu handelsrechtlichen Gesellschaften (Aktiengesellschaft, G. m. b. H.) der Anfechtung entzogen sind. Hier einzuschränken, stehe vielmehr nur dem Gesetzgeber zu, auch gehe die Praxis in ihrer Verneinung des Anfechtungsrechts weit über das wünschenswerte Ziel hinaus.

---

[1] „Lehrbuch des Handelsrechts", 1912.

[2] „Lehrbuch des Handelsrechts", 1912, § 78, 5d. Weiter: im „Recht", 1901, S. 460.

[3] „Deutsches bürgerliches Recht", 2. Bd., 1913, § 295, I, 1a.

Oertmann[1] stellt die Frage nach der rechtlichen Natur des „kollektiven Willensaktes", wie er die Gründung umschreibt. Vertrag oder Gesamtakt? Er erklärt ihn für letzteres. Zur Begründung kennzeichnet er den Unterschied zwischen den beiden Rechtsfiguren dahin, „dass beim Vertrag zwei besondere, in der Regel mit entgegengesetzten Jnteressen auftretende Parteien einander gegenüber stehen, während beim Gesamtakt alle Beteiligten zusammen wirken, nebeneinander sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschliessen und dadurch schöpferisch eine Verbandspersönlichkeit herstellen". Jm Gegensatz zu Gierke nimmt aber Oertmann diesen Gesamtakt nicht aus dem Kreis der Rechtsgeschäfte heraus[2].

Sehr bemerkenswert ist, wie Oertmann zu der bekanten Rechtsprechung des Reichsgerichts bezüglich der Anfechtbarkeit der Aktienzeichnungs- und Aktienübernahme-Erklärung[3] Stellung nimmt. Oertmann billigt die Ergebnisse dieser Rechtsprechung. Er findet aber — übrigens ganz in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht — den Grund für die Ablehnung der Anfechtbarkeit hier „in besonderen rechtspolitischen Erwägungen für solche kapitalistischen Assoziationsformen, die bei einfachen Vereinen, insbesondere Jdealvereinen fast völlig ausscheiden, während das Jnteresse der einzelnen die Anfechtungsmöglichkeit fordert". Auf diese Bemerkung wird später noch zurückzukommen sein. (Vgl. unten S. 40).

Mit Oertmann berührt sich auch Heinsheimer[4] eng in der Auffassung des Gründungsaktes (S. 66): „Der Gesellschaftsvertrag ist die Satzung, das Statut der rechtsfähigen Körperschaft (§ 182 HGB). Die darin enthaltenen Erklärungen der Gründer stellen also sachlich nicht sowohl einen Vertrag, als vielmehr einen konstitutiven Gesamtwillensakt dar, gerichtet auf Schaffung einer von den Gründern rechtlich unabhängigen juristischen Person". Jn diesem konstitutiven Element erschöpft sich aber nach Heinsheimer das Wesen dieses Gesellschaftsvertrages nicht. Jn Uebereinstimmung mit Lehmann[5] führt er weiter aus: „Die Feststellung des Gesellschaftsvertrages hat aber doch auch obligatorische Wirkungen unter den Beteiligten. Jndem sie eine Gesellschaft „errichten", zu deren endgültiger Entstehung es noch weiterer Schritte bedarf, verpflichten sie sich gemeinsam, alles zu tun, was noch erforderlich ist, schliessen also untereinander eine auf Schaffung der Aktiengesellschaft gerichtete Gesellschaft des bürgerlichen Rechts". Von dieser

---

[1] „Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", 3. Aufl., 1927, Allgemeiner Teil, S. 85 ff.

[2] S. 86: „Allerdings ist auch dieser Gesamtakt oder richtiger, die Beteiligung jedes einzelnen daran ein Rechtsgeschäft, eine auf Erzielung rechtlicher Wirkungen gerichtete Erklärung".

[3] RG. 71,99; 79,115; 123,23; 123,102.

[4] „Handelsrecht", in der Enzyklop. der Rechts- u. Staatswissenschaften, Berlin 1927.

[5] „Lehrbuch des Handelsrechts", § 76. Er spricht von „Gründungssozietät".

„erst mit der Satzungsfeststellung nach § 182 HGB. entstehenden und mit der Entstehung der Aktiengesellschaft endigenden Gründergesellschaft" unterscheidet Heinsheimer wieder die sogenannte „Vorgründungsgesellschaft"[1].

Auch Heinsheimer bezeichnet (S. 70) die Aktienzeichnungs- wie die Aktienübernahmeerklärung als einen „der Allgemeinheit gegenüber vorgenommenen, auf Schaffung der juristischen Person gerichteten konstitutiven Akt". Er führt — hier im Gegensatz zu Oertmann — auf diese angebliche Eigenart der fraglichen Erklärungen zurück, „dass eine Anfechtung . . . wegen Jrrtums oder arglistiger Täuschung . . . ausgeschlossen sein muss"[2].

Im Folgenden soll nun kurz auf einige Arbeiten eingegangen werden, die zwar wesentlich der öffentlich-rechtlichen Literatur zugehören, die aber trotzdem für die Lösung des Problems „Gesamtakt" von grundsätzlicher Bedeutung sind und deshalb hier nicht übergangen werden dürfen.

Binding hat in der im Jahr 1888 erschienenen Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid eine Arbeit veröffentlicht, in der er sich mit der Gründung des Norddeutschen Bundes in ihrer juristischen Wesenheit beschäftigt. Binding geht davon aus (S. 69 ff.), dass die Bildung eines neuen Staatssubjektes — wie der Norddeutsche Bund unbestritten eines darstellt — nicht mit Hilfe eines Vertrags bewerkstelligt werden kann — der gleiche Gedanke, wie ihn Kuntze, Gierke u. a. für die Korporation des Privatrechts ausgesprochen haben. Binding sagt: „Der Vertrag ist das Rechtsgeschäft, welches durch zwei von verschiedenen Rechtssubjekten ausgehende, auf denselben Zweck gerichtete, einander notwendig ergänzende Handlungen verschiedenen Jnhalts begründet wird". „Der Vertrag bewirkt streng genommen keine Willenseinigung, sondern nur eine Willensbindung der Paciscenten. Keine Einigung deshalb, weil die Willen der Kontrahenten notwendig verschiedenen Jnhalt besitzen, somit zu einem Gesamtwillen nicht zusammenfliessen können". Die Lösung findet Binding in dem Begriff der „Vereinbarung": Ein neues Rechtssubjekt kann nur dadurch zur Entstehung gelangen, dass die Willen der als Gründer Beteiligten sich zu einem Gemeinwillen, zu einem Gesamtwillen vereinigen. Die notwendige Form, in der sich diese Vereinigung vollzieht, ist die Vereinbarung. Sie „ist die Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen. Sie ist das einzige Mittel zur Bildung eines Gemeinwillens".

[1] Anm. 4 zu § 44: „Eine solche liegt vor, wenn unter den an der künftigen Gründung Beteiligten ein Vertrag (sog. Vorgründungsvertrag) geschlossen wird, der die gegenseitigen Verpflichtungen und Ansprüche bei der Gründung und oft auch während der Dauer der Gesellschaft im Verhältnis unter ihnen obligatorisch festlegt". Diese Vorgründungsgesellschaft erwähnt auch Kuntze (S. 73 ff.).

[2] S. 70: „Dieser Grundsatz, der eine Stütze auch in positiven Rechtssätzen findet, ergibt sich aus der rechtlichen Gestaltung der Körperschaft und ihres Werdegangs".

Dieser Gedanke Bindings ist von Triepel in seiner Monographie „Völkerrecht und Landesrecht", erschienen 1893, weiterentwickelt und eingehend begründet worden. Triepel geht von der Frage aus (S. 28 ff.), wie sich „innerhalb einer Gemeinschaft von Staaten, die voneinander unabhängig und keiner höheren Staatsgewalt unterworfen sind, für deren gegenseitige Beziehungen Recht bilden" kann, m. a. W., die Frage nach der Entstehungsquelle des Völkerrechts. Diese kann nach Triepel nur der Gemeinwille der beteiligten Staatensubjekte sein (S. 32). Einen solchen Gemeinwillen zu bilden, ist der Vertrag nicht fähig. Triepel definiert (S. 45): „Der Vertrag ist die Vereinigung mehrerer Personen von verschiedenem, aber korrespondierendem Interesse zu inhaltlich entgegengesetzten, auf denselben äusserlichen Zweck gerichteten Willenserklärungen". Zu diesem Ergebnis gelangt er auf Grund einer scharfsinnig zergliedernden Untersuchung der Willensinhalte bei gewissen Verträgen. Als Beispiele, an denen er demonstriert, zieht er — es ist wichtig, dies festzustellen — den Kauf (S. 39), das Schenkungsversprechen (S. 40), die Barschenkung (S. 41) und allgemein den gegenseitigen Vertrag heran.

Triepel findet, wie Binding, die Lösung des Problems in dem Begriff der „Vereinbarung"[1]. Triepel erblickt in dieser Vereinbarung eine Rechtsfigur von allgemeiner Bedeutung für das öffentliche, wie für das bürgerliche Recht. Sie hat ihre Stätte in Rechts- und Gewaltgemeinschaftsverhältnissen, weiter (S. 55) „überall da, wo aus gleichen Jnteressen gleicher Wille entspringt, der sich mit anderen zur Verfolgung eines jedem Jnteresse gleichmässig dienenden Zweckes verbindet, den der einzelne zu erreichen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unfähig ist".

Auch das Problem der Korporationsgründung will Triepel mit Hilfe des Vereinbarungsbegriffes lösen. Er zerlegt den Gründungsakt in zwei Teile (S. 56): 1. „Eine Mehrheit von Personen verbindet sich zur künftigen Gründung eines sie alle umfassenden Verbandes". Im Gegensatz zu Kuntze sieht Triepel hierin keinen Vertrag, sondern eine Vereinbarung: „Der Wille aller Beteiligten ist auf gleiches künftiges Verhalten, den Zutritt zum Verein, und auf einen für alle gleichbedeutenden äusseren Vorgang, die Entstehung eines Verbandes gerichtet. Jeder will, wie der andere, dass der Verband mit der durch die Einigung bestimmten Verfassung ins Leben trete".

---

[1] S. 51 ff.: „Die Vereinbarung besteht, wie der Vertrag, aus den zusammentreffenden Willenserklärungen mehrerer Personen. Diese Erklärungen werden, wie beim Vertrag, gegeneinander abgegeben. Aber hier erklärt jede Partei einen Willen, der dem Willen der anderen vollständig gleich ist. Hier erklärt jede dem anderen ein gleiches Vorhaben, jeder will ferner, dass der andere dasselbe tue, wie er selbst. Jeder will endlich denselben, sei es wirtschaftlichen, sei es rechtlichen Erfolg. Hier soll der Erfolg für alle Teilnehmer die gleiche oder einheitliche Wirkung haben. Die Vereinbarung ist dazu bestimmt, gemeinsame, oder gleiche Interessen zu befriedigen".

2. (S. 59)[1]: „Die Vereinbarung des Zusammentretens zu einem korporativen Verband wird erfüllt durch den konstitutiven Gesamtakt der Gründung i. e. S." Der Gesamtakt ist nach Triepel eine mögliche — keine notwendige — Form der Erfüllung der Vereinbarung oder der Ausübung der aus ihr entstehenden Rechte. Dies ist nur dann der Fall, wenn mehrere Teilnehmer oder alle durch die Vereinbarung zu handeln berechtigt oder verpflichtet werden, zu gleicher oder gemeinsamer Handlung[2].

Wieder in engem Anschluss an Kuntze führt Triepel (S. 60) aus: „Jeder Gesamtakt zielt auf eine Rechtswirkung ausserhalb der Beteiligten . . . Die Vereinbarung k a n n auf eine Aussenwirkung abzielen, b r a u ch t es aber nicht". Im ersteren Fall bedarf es einer Verkündung der Vereinbarung. Deshalb — folgert Triepel — bedarf ein von einem Parlament beschlossenes Gesetz der Verkündung, während die Geschäftsordnung bereits mit der Beschlussfassung Wirksamkeit erlangt.

Ob eine Vereinbarung im Einzelfall ein Rechtsgeschäft ist, hängt nach Triepel (S. 61) davon ab, ob der Wille der Vereinbarenden auf einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand gerichtet ist. Diese Voraussetzung sieht Triepel dann nicht als gegeben an, wenn der Wille der Vereinbarenden auf Schaffung eines Rechtssatzes gerichtet ist. Während die rechtsgeschäftliche Vereinbarung immer eines schon bestehenden Rechtssatzes bedarf, der ihr Wirkung verleiht, soll die rechtsetzende Vereinbarung ohne Abhängigkeit von Rechtssätzen ihren Zweck erreichen können.

Auch den Beschluss erklärt Triepel (S. 57) für eine Erscheinungsform des Vereinbarungsbegriffs: „Bei Ueberstimmung einer Minorität durch eine Majorität liegt, streng genommen, nur eine Vereinbarung der Majorität vor. Jedoch hat das objektive Recht festgesetzt, dass die Vereinbarung der Mehrheit ebenso angesehen werden solle, wie eine Vereinbarung der Gesamtheit".

G l e i t s m a n n[3] lehnt den Begriff der Vereinbarung ab. Bemerkenswert ist, wie er zu diesem Ergebnis gelangt. Er geht davon aus, dass die Rechtsgeschäfte in einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge zerfallen. Er meint, die Erscheinungen, die Triepel als Vereinbarungen ansieht, könnten nicht zu den Verträgen gerechnet werden: „Der Vertrag besteht zwar auch aus verschiedenen Willenserklärungen, aber diese einander korrespondierenden Willenserklärungen sind von der Rechtsordnung in bestimmte organische Verbindung gebracht, so dass jede durch die andere bedingt und ohne sie unerheblich, keine juristische Tatsache ist". Deshalb stellt nach Gleitsmann die Vereinbarung Triepels nichts anderes dar, als eine Kumulation mehrerer einseitiger Willenserklärungen der Ver-

---

[1] Hier gliedert Triepel den Gedanken Kuntzes seinem System ein.

[2] S. 60: „Die Vereinbarung beschränkt sich auf die Bildung eines Gemeinwillens, der Gesamtakt ist Erklärung des fertigen gemeinsamen Willens Dritten gegenüber". Beide sind nach Triepel scharf voneinander zu scheiden.

[3] Im „Verwaltungsarchiv" X, 1902, S. 395 ff.

einbarenden zur Erreichung eines gemeinsamen Erfolges. Es handelt sich um eine Vielheit einseitiger, selbständig wirksamer Willenserklärungen. Aus diesem Grunde stellt Gleitsmann die Berechtigung, eine besondere Rechtsfigur der Vereinbarung aufzustellen, in Abrede.

Ruth[1] geht davon aus, dass es nicht zulässig ist, alle Erscheinungen, die bisher in der Literatur unter dem Begriff Gesamtakt vereinigt worden sind, unter einen einheitlichen Rechtsbegriff zu bringen. (S. 481 unten). Ruth will aber die Beschlüsse von Korporationen und ihrer Organe[2] zusammen mit den Gründungsakten und den Akten, die den Beitritt zu oder den Austritt aus einer Korporation zum Gegenstand haben, unter dem Begriff „körperschaftlicher Gesamtwillensakt" zusammenfassen und diesen dem Vertrag gegenüberstellen. Ruth erblickt in der Beitrittserklärung und der Aufnahmeerklärung von Seiten des Vereins zwei Elemente eines einheitlichen Rechtsgeschäftes, das er als körperschaftlichen Gesamtwillensakt bezeichnet. Praktische Folgerungen zieht Ruth hieraus zunächst in der Richtung, dass sich die Frage der Bindung der Beteiligten an ihre Erklärungen nicht nach den Grundsätzen der §§ 145 ff. B.G.B. bestimme, weiter glaubt Ruth, mit seiner Theorie die Frage der Anfechtbarkeit von Beteiligungserklärungen einer einleuchtenden Lösung zuführen zu können.[3]

## Kapitel 3:

## Die Gegner Kuntze's.

Eltzbacher[4] untersucht den Unterschied zwischen Vertrag und Gesamtakt. Im Gegensatz zu Binding und Triepel erklärt Eltzbacher, dass beim Vertrag nicht der Inhalt der mehreren Willenserklärungen verschieden sei, sondern nur seine Bedeutung für die Erklärenden. Gegen Gierke weist Eltzbacher nach, dass es falsch ist, Vertrag und Gesamtakt darnach zu scheiden, ob ein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten hergestellt werden soll oder nicht. Beim dinglichen Vertrag ist dies z. B. nicht der Fall. Hier soll eine Wirkung jedermann gegenüber eintreten. Positiv ist Eltzbacher der Meinung, dass der Unterschied in der verschiedenen Bedeutung der Rechtsfolgen für die Beteiligten liegt. Beim Vertrag liegt ein Gegensatz der Interessen, beim Gesamtakt Einheit der Interessen vor. „Beim Vertrag werden die zusammenwirkenden Willenserklärungen

[1] In der „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht", Bd. 88, S. 454 ff.

[2] Die Beschlüsse anderer Gemeinschaften z. B. der Gesellschaften oder der Miteigentümer nimmt Ruth ausdrücklich aus.

[3] S. 526: „Für einen körperschaftlichen Gesamtwillensakt gilt in Abweichung von den bei Willenserklärungen der Einzelpersonen zu befolgenden Grundsätzen lediglich das Erklärte; innere Willensvorgänge sind unbeachtlich".

[4] „Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht" 1903, S. 165 ff.

in den Angelegenheiten verschiedener Personen abgegeben und ihre Rechtsfolgen haben für diese eine entgegengesetzte Bedeutung. Beim Gesamtakt aber werden die zusammenwirkenden Erklärungen entweder überhaupt nur in den Angelegenheiten einer einzigen Person abgegeben, oder hat ihre Rechtsfolge doch für diese (mehreren Personen) die gleiche Bedeutung".

Eltzbacher hat offenbar nur die Erscheinungen im Auge, die Kuntze als mehrseitige Gesamtakte bezeichnet (z. B. Abschluss eines Geschäfts durch Gesamtprokuristen, Rechtshandlungen der Mitvormünder), denn er führt aus, der Unterschied zwischen Vertrag und Gesamtakt liege darin, dass der Vertrag ein Tatbestand, der Gesamtakt aber nur eine rechtswirksame Tatsache sei.

Hölder[1] untersucht die Frage, wie die Bildung eines rechtsfähigen Vereines vor sich geht. Er unterscheidet zwei Fälle: a) die Beteiligten wollen von vornherein einen rechtsfähigen Verein errichten, b) die Beteiligten wollen zunächst nur einen nicht rechtsfähigen Verein gründen. Nachher erst ändern sie ihren Willen und führen die Umwandlung in einen rechtsfähigen Verein herbei.

Nach Hölder entsteht in beiden Fällen der Verein zunächst als ein noch nicht rechtsfähiger durch Vertrag seiner Gründer. Der Unterschied ist nur der, dass im ersten Fall die Beteiligten im ursprünglichen Vertrag die Verpflichtung übernehmen, bei den zur Erlangung der Rechtsfähigkeit noch notwendigen Handlungen (Anmeldung zum Vereinsregister usw.) mitzuwirken. Jm zweiten Fall „ist die Erwirkung der Rechtsfähigkeit für einen Verein nur möglich auf Grund eines neuen Vertrages, der in diesem Punkt den Jnhalt des ersten ändert .

v. Tuhr[2] unterzieht das Wesen des Rechtsgeschäftes einer eingehenden Untersuchung[3]: „Das bürgerliche Recht geht davon aus, dass die Rechtsverhältnisse der einzelnen am zweckmässigsten von ihnen selbst geordnet werden. Diesem Zweck dient das Rechtsgeschäft. Deshalb ist dem Rechtsgeschäft wesentlich: Eine Willensäusserung einer Privatperson, gerichtet auf eine rechtliche Wirkung". S. 148: „Der Kern des Rechtsgeschäftes sind eine oder mehrere Willenserklärungen, aus denen sich der spezifische Jnhalt des Rechtsgeschäfts, die gewollte Rechtswirkung, ergibt."

Im Folgenden (2. Bd., 1. Hälfte, S. 177) behandelt v. Tuhr die Schranken der von den Rechtssubjekten nach eigener Willkür auszuübenden Privatautonomie. Solche sind in verschiedener Richtung vorhanden. Es gibt Rechtsverhältnisse, bei denen die Parteien nur wählen können, ob sie sie begründen wollen oder nicht. Jhr Jnhalt ist der Disposition der Parteien entzogen. v. Tuhr führt hier die Ehe an. Auch im Sachenrecht sind die Rechtssubjekte an bestimmte, vom Gesetz fest und unabänderlich umschriebene Rechte gebunden,

[1] „Kommentar zum allgemeinen Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs" 1900, S. 130 ff.
[2] „Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts", 1910, 1916.
[3] 2. Bd., 1. Hälfte, S. 143.

während im Schuldrecht die grundsätzliche Vertragsfreiheit nur an den allgemeinen Normen der §§ 134, 138 ihre Schranke findet und die im Gesetz aufgeführten Typen von Schuldverhältnissen im wesentlichen nur dazu bestimmt sind, den Parteiwillen zu ergänzen oder die Parteierklärungen auszulegen. Auch was die Form der Rechtsgeschäfte anlangt, lässt das Gesetz den Rechtsobjekten nicht vollständig freie Hand. Die Anforderungen, die das Gesetz in dieser Richtung stellt, sind wieder verschieden je nach der grösseren oder geringeren Bedeutung des Rechtsgeschäfts. Bezeichnend sind Sätze wie (S. 178): „Die Parteien können nur solche Rechtswirkungen herbeiführen, die das Gesetz als zulässig anerkennt. Die Bindung des Willens durch Rechtsgeschäft kann nicht weitergehen als das Gesetz es gestattet . . . (S. 183): Die Beschränkungen der Verpflichtungsmöglichkeit beruhen nicht auf den Geboten der guten Sitten, sondern sind der Rechtsordnung immanent. Das Gesetz sanktioniert nicht rechtsgeschäftliche Bindungen jeden Jnhalts, sondern nur solche Bindungen, welche mit unseren sozialen und wirtschaftlichen Zuständen vereinbar sind".

Aus diesem Zusammenhang heraus entwickelt v. Tuhr seinen Vertragsbegriff. Nachdem er das Wesen des einseitigen Rechtsgeschäfts dahin gekennzeichnet, dass zu seinem typischen Tatbestand die Willenserklärung e i n e r Person genügt und einer Annahme durch ihren Adressaten nicht bedarf, fährt er fort (S. 203): „Soweit die Wirkung eines Rechtsgeschäfts Rechte anderer Personen berührt, ist prinzipiell Einigung der beteiligten Rechtssubjekte erforderlich!" v. Tuhr leitet dies aus der Jdee der Rechtsgleichheit ab, die dem Privatrecht zu Grunde liegt. Diese Einigung muss sich in der Form des Vertrages vollziehen. Folgerichtig ist der Vertrag „ein Rechtsgebilde von allgemeiner Bedeutung, welches in seinen drei Funktionen (Begründung, Aenderung, Aufhebung von Rechtsverhältnissen) in allen Teilen des Privatrechts vorkommt" (S. 220).

Im ersten Band seines Werkes (S. 476 ff.) geht von Tuhr auf die Frage der juristischen Natur der Korporationsgründung ein. Er wendet sich zunächst gegen Gierke, insofern dieser den Gründungsakt ausserhalb der Rechtsgeschäfte stellt. von Tuhr rechnet den Gründungsakt zu den Verträgen (S. 479): „Die Gründung unterscheidet sich nicht wesentlich von der Gründung einer Gesellschaft". Dieser Standpunkt kann angesichts der Auffassung v. Tuhrs vom Vertrag im allgemeinen nicht überraschen: Der Jdee der Rechtsgleichheit (vergl. oben) würde es nicht entsprechen, wenn jemand mit anderen Personen zusammen wirksam einen Verein gründen könnte, ohne dass diese überhaupt ihre Zustimmung dazu gegeben haben. Die Vereinsgründung berührt die Rechte all derer, die — sei's von Anfang an durch Teilnahme an der Gründung oder später durch Beitritt — Mitglieder geworden sind, in beträchtlichem Mass.

Grundsätzlich anders sind nach v. Tuhr (2. Bd. S. 229) die Fälle zu beurteilen, in denen „eine Partei statt aus e i n e m Rechts-

subjekt aus einer Mehrheit von Personen besteht, welche entweder als gleichberechtigt einander koordiniert sind (§ 1749 I B.G.B.) oder im Verhältnis zueinander sich als Haupt- und Nebenparteien darstellen (so bei der Zustimmung)". v. Tuhr spricht hier von sogen. „gemeinsamen Rechtsgeschäften" (S. 230). Den Ausdruck „Gesamtakt" will er vermeiden, weil dieser in sehr verschiedener Bedeutung gebraucht werde. Jm Einklang mit Gierke weist v. Tuhr darauf hin, dass durch die auf besonderen Gründen beruhende Beteiligung mehrerer Personen auf Seiten einer Partei das Rechtsgeschäft nicht seinen Charakter als einseitiges Geschäft oder Vertrag verliert. An anderer Stelle (1. Bd. S. 515) sagt er von den gemeinsamen Rechtsgeschäften: „. . . ferner hat das gemeinsame Handeln keinen spezifischen Jnhalt, sondern kann bei Rechtsgeschäften jeder Art vorkommen".

Schliesslich befasst sich v. Tuhr noch mit dem Beschluss (2. Bd. S. 232 ff.) Er zählt ihn den Rechtsgeschäften zu, unterscheidet ihn aber vom Vertrag. Zur Begründung macht er vor allem geltend, dass beim Beschluss — anders wie beim Vertrag — der Konsens der Teilnehmer nicht wesentlich sei, im Gegenteil entscheide beim Beschluss in der Regel die Majorität[1].

Ein weiteres Wesensmerkmal des Beschlusses erblickt von Tuhr in dem Umstand, dass die Erklärungen nicht wie beim Vertrag ausgetauscht, sondern sämtlich paralell an den Leiter der Versammlung abgegeben werden. Allerdings gibt v. Tuhr selbst zu, dass, wenn der Beschluss ausserhalb einer Versammlung gefasst wird, die Erklärungen an die übrigen Beteiligten bezw. an eine von ihnen zur Entgegennahme ermächtigte Person zu richten sind. Er geht noch weiter, indem er sagt (S. 234), dass in allen Fällen (also auch bei den in einer Versammlung gefassten Beschlüssen) die Erklärung des Abstimmenden für sämtliche Beteiligte „bestimmt" ist.

Jn einem gewissen Widerspruch hiezu steht die Feststellung v. Tuhrs (S. 235), dass der Beschluss deshalb nicht als gemeinsames einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne Gleitmanns aufgefasst werden dürfe, weil „bei gemeinsamen Rechtsgeschäften die Erklärungen stets parallel verlaufen, während sie beim Beschluss, wenn er nicht in einer Versammlung gefasst wird, unter den Beteiligten ausgetauscht werden."

Nach v. Tuhr (I. Bd. S. 515) soll sich der Beschluss vom Vertrag auch dadurch unterscheiden, dass die Abstimmung eines beim Beschluss Mitwirkenden nicht zur Kenntnis der anderen zu kommen braucht (geheime Abstimmung) und auch das Resultat der Abstimmung zur Wirksamkeit des Beschlusses nicht zur Kenntnis aller Teilnehmer zu gelangen braucht.

---

[1] 2. Bd. S. 232: „Im Vertrag finden entgegengesetzte Interessen der Parteien durch Willensübereinstimmung einen Ausgleich, im Mehrheitsbeschluss gelangt das stärkere Interesse der Mehrheit zum Sieg über das schwächere Interesse der Minderheit. Der Mehrheitsbeschluss ist Ausübung einer Herrschaft beruhend auf einem Grundverhältnis".

Jnteressant ist die Feststellung v. Tuhrs (2. Bd. S. 236), dass im Falle eines notwendig einstimmigen Beschlusses unter dem Namen und den Formen des Beschlusses ein Rechtsgeschäft vorliegt, welches dem Vertragstypus angehört.

Schliesslich führt v. Tuhr aus (1. Bd. S. 516), dass die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Willenserklärungen — §§ 116 ff. — auf die Abstimmung jedes Teilnehmers Anwendung finden. Jmmerhin erklärt er, dass die Regeln des B.G.B. auf Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte, nicht dagegen auf Vereinsbeschlüsse berechnet seien.

Den Begriff der Vereinbarung hält v. Tuhr für überflüssig: „Die Vereinbarung ist nicht objektives Recht, sondern ein abstrakt normiertes Rechtsverhältnis".

H e ck hat sich in der Festschrift für Gierke (ersch. 1911) mit den Willensmängeln bei Beschlüsssen der Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft befasst. Er untersucht die Frage, ob und inwieweit die Anfechtungsnormen des B.G.B. auf die Willenserklärungen der bei einem Beschluss mitwirkenden Gesellschafter anwendbar sind. Die Einzelstimme beim Beschluss dient nach Heck (S. 322) „der Privatautonomie des Einzelnen auf dem gesellschaftlichen Gebiet. Sie ist eine Willenserklärung, welche Rechtsfolgen haben soll und, soweit nicht Gegeninteressen entgegenstehen, auch wegen ihres Inhalts hat". Und an anderem Ort (S. 331): „die Einzelstimme ist als eine empfangsbedürftige („adressierte") Willenserklärung im Sinne der Vorschrift des B.G.B. zu behandeln. Sie muss allen Mitgesellschaftern gegenüber abgegeben werden. Dies gilt auch bei Mehrheitsbeschlüssen. Ein etwaiger Leiter der Abstimmung kann nur als evtl. Empfangsbevollmächtigter gelten". In Uebereinstimmung mit v. Tuhr zählt deshalb Heck die Beschlüsse der Gesellschafter zu den Rechtsgeschäften. Er unterscheidet bei diesen Rechtsgeschäften zwischen privatrechtlich nicht verbundenen Personen und Rechtsgeschäften, die an eine bereits bestehende Grundrelation anknüpfen. Heck zählt (S. 322) den Beschluss zu den letzteren: „Die Beschlüsse sind abhängig vom Gesellschaftsvertrag".

Heck unterscheidet bei den Gesellschaftsbeschlüssen verschiedene Interessengruppen (S. 325): Die Abstimmung jedes Gesellschafters wird zunächst von gemeinschaftlichen Interessen, dann aber auch von individuellen Nachinteressen bestimmt. Möglicherweise sind auch freie Sonderinteressen im Spiel. Heck folgert hieraus (S. 327 ff.): „Das Auftreten der Nachinteressen zeigt, dass auch bei Gesellschaftsbeschlüssen individuelle Interessen miteinander in Konflikt treten und dass die Einzelstimme ebenso dazu dient, individuelle Interessen ihres Inhabers zu wahren, wie die rechtsgeschäftliche Willenserklärung im freien Individualverkehr". Es müssen deshalb — so schliesst Heck — auf die Abstimmungserklärung der Gesellschafter grundsätzlich die Anfechtungsnormen des B.G.B. Anwendung finden, da diese allgemeine Werturteile ent-

halten. Dass sich aus der besonderen Interessenlagerung bei der Gesellschaft gewisse Modifikationen ergeben, betont Heck ausdrücklich und führt dies in seiner Arbeit im einzelnen aus.

Erst in einem letzten Kapitel (S. 347 ff.) kommt Heck auf die Stellung der Beschlüsse im allgemeinen im System der Handlungsbegriffe zu sprechen. Heck bemerkt zu den Versuchen, dem Beschluss mit den Begriffen des Gesamtaktes oder der Vereinbarung beizukommen, diese Konstruktionsfragen könnten nicht überzeugend gelöst werden; wieweit die Anfechtungsnormen im Einzelfall eingreifen, hänge von der Interessenlagerung ab. Die Anwendbarkeit dieser Normen sei eine umso geringere, je mehr die Individualinteressen der Beteiligten zurücktreten.

Für wertvoll und einwandfrei hält Heck (S. 349 ff.) den Begriff des unselbständigen Rechtsgeschäfts. Dieser ist wieder weiterer Einteilung zugänglich vor allem im Hinblick auf die verschiedenen Grundrelationen.

Die notwendig einstimmigen Beschlüsse sind nach Heck[1] „gesellschaftliche Verträge". „Die Mehrheitsbeschlüsse sind keine Verträge; sie sind Einigungssurrogate". Bei ihnen tritt die Abhängigkeit von der Grundrelation, dem Gesellschaftsvertrag, besonders deutlich in Erscheinung.

Den Begriff der „Vereinbarung" lehnt Heck ab (S. 356). Er bemerkt hiezu, die besondere Interessenlage — Befriedigung gleichgerichteter Interessen —, die nach Triepel für die Fälle der Vereinbarung charakteristisch sei, werde in der privatrechtlichen Begriffsbildung durch Schaffung des Gesellschaftsvertrages berücksichtigt.

Wenn Triepel meint, durch einen Vertrag könne kein objektives Recht geschaffen werden, hiezu sei vielmehr nur die Vereinbarung imstande, so hält ihm Heck (S. 359) entgegen, dass jede Einigung Normen schafft oder verändert, die mindestens für die Beteiligten, zuweilen auch für andere gelten sollen". Dass man diese Normen im einen Fall als Rechtsnormen bezeichnet, im andern Fall nicht, dieser Unterschied richtet sich nicht nach dem Inhalt der Einigung, sondern nach dem Geltungsbereich der Normen und der Bedeutung der beteiligten Verbände und Personen".

Burckhardt hat in seinem 1927 erschienenen Werk „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft" sich der Aufgabe unterzogen, in weitgespannten Untersuchungen die Unterschiede zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht blosszulegen und damit Wesen und Bedeutung des Rechts im allgemeinen zu erfassen. Burckhardt geht davon aus (S. 2 ff.), dass die Einzelpersönlichkeit durch ein ganzes System von Rechten und Pflichten in die staatliche Rechtsgemeinschaft eingespannt ist. Diese Rechte und Pflich-

[1] vergl. S. 350. Dies hatte schon v. Tuhr erkannt.

ten beruhen teils auf Gesetz und entstehen „ohne Rücksicht darauf, ob die Beteiligten sie entstehen lassen wollen"; teils gelten sie nur „weil sie von den beteiligten Privatpersonen begründet worden sind". Diese letzteren entstehen „kraft einer darauf gerichteten Handlung von Privatpersonen. Diese Handlungen sind die Rechtsgeschäfte. Das Wichtigste ist heute der Vertrag. Wir können ihn als typischen Vertreter der ganzen Gattung nehmen, die noch andere Arten umfasst: Die einseitigen Rechtsgeschäfte, wie Stiftung und letztwillige Verfügung". Kenzeichnend für das Rechtsgeschäft ist nach Burckhardt, „dass durch die Entschliessung einer oder mehrerer Privatpersonen Pflichten und Rechte begründet werden, die durch den Willen des Gesetzes allein nicht entstanden wären". Welche Erwägungen für den individuellen Gesetzgeber hinsichtlich der Ausdehnung und Beschränkung dieser Privatautonomie im einzelnen leitend sein müssen, führt Burckhardt in der Folge näher aus. Darauf braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.

Wenn nun das Wesen der Rechtsgeschäfte gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass es die Form darstellt, in der die Rechtssubjekte nach ihrer Willkür in den Grenzen der Privatautonomie ihre Rechtsverhältnisse zu anderen Personen regeln, so ist es durchaus folgerichtig, wenn Burckhardt an anderer Stelle ausführt (S. 309): „Was durch die zufällige Entschliessung Privater, durch Rechtsgeschäfte entsteht, kann ebenfalls in abstrakten Regeln bestehen, die gelten wollen und für generell bestimmte Fälle unter den vorgesehenen Voraussetzungen zur Anwendung kommen und dann konkrete Pflichten ergeben. (So Genossenschafts-Statut, Fabrikordnung, Benutzungsordnung unter Miteigentümern). Aber auch jeder Vertrag kann dies tun, sofern er für Fälle bestimmt, die abstrakt umschrieben werden". Bezeichnend für Burckhardt ist weiter folgender Satz: „. . . aber dass jene Regel überhaupt gesetzt worden ist, ist vom Standpunkt des objektiven Rechts aus ein Zufall, ebenso wie die Anwendung der Regel ein Zufall ist".

Eine Sonderstellung weist Burckhardt allerdings der Satzung zu (S. 310). Er sieht in ihr „eine Art Zuständigkeitsordnung, die bestimmt, in welchen generell umschriebenen Fällen gewisse Personen befugt sein sollen, verbindlich für alle zu handeln . . . die Satzung, das Statut, ist allerdings etwas anderes als ein Rechtsgeschäft, insbesondere als ein Vertrag". Der Grund zu dieser Abscheidung liegt für Burckhardt darin, dass die Satzung zwar die Möglichkeit schaffen soll, Rechtsverhältnisse zwischen der Gemeinschaft und Dritten oder zwischen den Gemeinschaftern selbst zu begründen, dass aber durch ihre Errichtung selbst — wie bei der Vollmacht — noch keine Rechte und Pflichten begründet werden. Da Burckhardt nicht leugnen kann, dass die Errichtung des Statuts eine „rechtswirksame private Handlung" ist, spricht er hier von einem „Rechtsgeschäft in weiterem Sinn".

Enneccerus[1] unterscheidet scharf zwischen Verträgen und Gesamtakten. Als Beispiele für letzteren führt er an die Kündigung zweier Mieter, die gemeinschaftlich gemietet haben, die Ausübung der Wahl durch die mehreren Wahlberechtigten, und kennzeichnet ihn dahin, dass hier nicht gegenseitige Erklärungen verschiedener Parteien ausgetauscht, sondern dieselbe aus mehreren Personen bestehende Partei eine gemeinschaftliche Erklärung abgibt. Die Gründung eines Vereins kann deshalb nach Enneccerus nicht als ein Gesamtakt aufgefasst werden.[2] Dass der Inhalt der Erklärungen (und zwar auch bei der Gründung eines nicht rechtsfähigen Vereines) ein anderer ist, wie bei der Gründung einer Gesellschaft, verkennt Enneccerus nicht.[3]

Hinsichtlich der Rechtsnatur des Beschlusses äussert sich Enneccerus folgendermassen (§137,3): „Aehnlicher (Anmerk. als die Gesamtakte) sind den Verträgen die Beschlüsse . . . denn es wird wie bei Verträgen durch gegenseitige Erklärungen ein bindender, einheitlicher Willensinhalt geschaffen. Aber dieser Willensinhalt gilt dann als Wille der juristischen Person und wirkt nur als solcher, nicht als Wille der an dem Beschluss beteiligten Personen".

Zum Schluss dieser Uebersicht über die einschlägige Literatur ist noch auf die im Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 14 neue Folge, 1928 veröffentlichte Arbeit von Walz „die Vereinbarung als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts" einzugehen, deren Bedeutung in ihrem grundsätzlichen Teil beträchtlich über das öffentliche Recht hinausreicht. Walz geht von der auf Grund einer Uebersicht über die ihm vorliegende Literatur gewonnenen Erkenntnis aus, dass es bei der Auseinandersetzung über das Problem der Vereinbarung und des Gesamtaktes letzten Endes um die Art und Weise der juristischen Begriffsbildung geht. Er kennzeichnet die Begriffsbildung, mit der unter anderem Triepel arbeitet, als psychologisch-konstruktiv.[4] Walz verurteilt diese konstruktive Methode, die meint „aus Gegenständen der psychischen Tatsachenwelt Rechtsgesetze nach stringenten Wesenszusammenhängen deduzieren zu können" (S. 203). Er stellt dieser Methode die normativ-

---

[1] Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 allgem. Teil § 99.

[2] § 99 II: „Die Erklärungen der Vereinsgründer erfolgen keineswegs nebeneinander, sondern sind gegenseitig; jeder erklärt den übrigen, sich mit ihnen zu einem Verein zusammenzuschliessen, ganz ähnlich wie bei einem Gesellschaftsvertrag" (!).

[3] § 109. II: „Die Mitglieder wollen bei der Vereinsgründung nicht ein obligatorisches Verhältnis untereinander eingehen, sondern eine dauernde, von dem Wechsel der Mitglieder unabhängige korporative Organisation mit selbstständigem Vermögen . . . . . die Satzung bedeutet für den Verein das gleiche wie für die Gesellschaft der Gesellschaftsvertrag".

[4] S. 201/2: „Binding und Triepel greifen ihr Problem auf bei der Frage nach der Möglichkeit einer wahren Willenseinigung. Dieses problematische Phänomen wird nun erörtert auf Grund einer psychologischen Analyse des Willens- (Vorstellungs-) Inhalts der nach Einigung strebenden Willen. Hier soll nun nach Triepel das mystische Phänomen des Gemeinwillens entstehen".

teleologische Methode entgegen (S. 202): Die juristische Begriffsbildung „hat sich nach den Kategorien der juristischen Eigengesetzlichkeit zu richten und muss nach den Grundsätzen der Oekonomie erfolgen . . . diese juristische Begriffsbildung hat zu erfolgen an Hand des positiven Rechtsstoffes in singemässer Ausgestaltung der an Hand des positiven Gesetzes aufzufindenden obersten Wertnormierungen". An anderer Stelle (S. 205): „Nur wenn eine Reihe von Tatbeständen aufgezeigt werden kann, deren normativ rechtliche Behandlung nach wesentlich gemeinsamen Prinzipien erfolgt, nur dann ist die Bildung eines eigenen Rechtsbegriffes für diese rechtlichen Erscheinungen gerechtfertigt". Wieder an anderer Stelle sagt Walz: „Bestimmender Grundsatz der juristischen Begriffsbildung muss sein, nach Möglichkeit eindeutige, einheitliche Tatbestände zu bilden und für jede Tatbestandsgruppe mit eigentümlichen Merkmalen einen besonderen wissenschaftlichen Begriff zu schaffen. Welche Besonderheit sich im einzelnen Fall für die Neubildung eines besonderen wissenschaftlichen Begriffs eignet, das festzustellen, ist Sache der genuin-methodischen Oekonomie". Vielleicht am deutlichsten hat Walz seine Auffassung in folgendem Satz formuliert (S. 219): „Alle rechtliche Begriffsbildung aber muss auf praktische Verwertbarkeit im Rechtssystem gehen. Nur dort hat die Aufstellung eines neuen Rechtsbegriffs einen Sinn, wo die rechtliche Behandlung des Instituts und die rechtlichen Folgen eines solchen Aktes eben einen gemeinsamen Charakter tragen, der sich von ähnlichen Instituten in wesentlichen Punkten unterscheidet". — Im Einzelnen setzt sich Walz dann zunächst mit der angeblich schöpferischen konstitutiven Fähigkeit der Vereinbarung bezw. des Gesamtaktes, ein neues Rechtssubjekt, eine juristische Persönlichkeit zu schaffen, auseinander. Hiezu bemerkt er (vergl. S. 210), dass auch der wirkliche Gründungsakt nichts anderes darstelle, als eine rechtlich relevante, sinnerfüllte Handlung, genau so, wie die Gesamtheit der den Vertrag perfizierenden Willenserklärungen[1].

Walz weist ferner darauf hin (S. 211 ff.), dass die Zerlegung in mehrere Stadien, die das positive Recht bei manchen Gründungen (z. B. bei der Aktiengesellschaft: Feststellung des Gesellschaftsvertrages, Anmeldung zum Register, Gründungsbeschluss, Eintragung) vornimmt, nicht dazu führen darf, die Einheitlichkeit des Rechtsvorganges zu leugnen. Auch die Uebereignung eines Grundstückes wird vollzogen durch mehrere Akte (Einigung, Antrag an's Grundbuchamt auf Eintragung und Eintragung) und doch wird allgemein anerkannt, dass es sich hier um einen einheitlichen — soge-

[1] S. 210: „Auch die Willenserklärungen, die zum Vertrag führen, stellen ein gemeinsames Handeln dar. Auch ihnen kommt „konstitutive" Wirkung zu, sofern sie eben das Vertragsverhältnis „schaffen", genauer: sofern an ihr Vorliegen die Rechtsordnung (!) die Rechtswirkung des Vertrages anknüpft. Etwas anderes als Rechtswirkungen knüpft aber die Rechtsordnung auch nicht an den schliesslichen konstitutiven Gründungsakt".

nannten gestreckten — dinglichen Vertrag handelt. Und wenn auf die im deutschen Recht streng durchgeführte Scheidung hingewiesen wird zwischen verpflichtendem Schuld- und erfüllendem dinglichem Vertrag, die bei der Unterscheidung Kuntze's zwischen verpflichtendem Gesellschaftsvertrag und erfüllendem konstitutivem Gesamtakt deutlich anklingt, — so hält dem Walz entgegen, dass es diese Scheidung z. B. im französischen Mobiliarrecht nicht gibt, und dass deshalb diese Normierung zwar als zweckmässig angesehen werden, dass sie aber jedenfalls nicht „aus notwendigen Seinsgesetzen zwingend deduziert werden" kann.

Von einer schöpferischen, konstitutiven Wirkung, die angeblich dem Gesamtakt eigen sein soll, kann man nach Walz beim obligatorischen und beim dinglichen Vertrag mit dem gleichen Recht sprechen, insofern die Rechtsordnung auch mit diesen Vorgängen „gewisse rechtliche Folgen verbindet".

Denselben methodischen Fehler erblickt Walz in der Triepelschen Vereinbarungstheorie, soweit sie sich mit dem Problem der Rechtserzeugung extra legem befasst. Er lehnt den Vereinbarungsbegriff für das Völkerrecht ab. Seine Beweisführung ist etwa folgende: Wenn zwei oder mehr Rechtssubjekte eine Vereinbarung treffen, so entsteht aus dieser nicht schon um deswillen objektives Recht, weil die Teilnehmer ihre Willen in der angeblich für die Vereinbarung charakteristischen Weise zu einem Gesamtwillen in Richtung auf die zu schaffenden Rechtssätze vereinigt haben. Vielmehr kann objektives Recht auf diesem Wege nur insoweit entstehen, als die staatliche Rechtsordnung die beteiligten Rechtssubjekte durch Rechtssatz ermächtigt hat, für dritte Personen verbindliche Normen — also objektives Recht — zu schaffen. Der ordentliche Gesetzgeber zieht dieser — ähnlich wie bei der Autonomie — delegierten Gesetzgebung im Einzelfall feste Schranken, indem er die Tatbestände umschreibt, auf die sich diese durch Vereinbarung auszuübende Rechtssetzungsbefugnis soll erstrecken dürfen. Würden die Beteiligten eine Vereinbarung treffen, die in ihrem Inhalt über die Konzession des Gesetzes hinausginge, so würde insoweit kein gültiges Recht entstehen, auch wenn die Willen der Beteiligten in einwandfreier Weise — im Sinne Triepels — zu dem Gemeinwillen zusammengeflossen sind. Die Rechtsordnung bestimmt (S. 216) — dies ist für Walz das entscheidende — „ob und an welche Willenserklärungen sie die Rechtsfolgen objektiver Rechtssetzung, ob und an welche die Rechtsfolgen subjektiver Rechts- und Pflichtbegründung anknüpft" . . . nicht die Interessenlagerung konstituiert das Recht, sondern umgekehrt: Das Recht normiert die Interessenlagerung! Walz gelangt deshalb zur Anerkennung eines besonderen Rechtstyps der Vereinbarung im öffentlichen Recht in einem sehr eingeschränkten Sinn (S. 220): „In der Vereinbarung treten eigene, öffentlich rechtlich besonders legimitierte Organe auf zur Schaffung, Abänderung und Aufhebung objektiven Rechts innerhalb ihrer eigentümlichen persön-

lich und sachlich begrenzten Rechtssphäre". Als Beispiel führt Walz unter anderem den Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarung an.

Ohne auf die Frage der Folgen von Willensmängeln bei diesen Vereinbarungen näher einzugehen, hebt Walz doch hervor (S. 221), dass angesichts der starken Individualinteressen, die bei der Vereinbarung in den Vordergrund treten, auf korrekte Willensbildung entscheidendes Gewicht gelegt werden muss. Für die Vereinbarung ergibt sich aus der Tatsache, dass sie unter nichtorganisierten Paciscenten zustande kommt, die Notwendigkeit der Einstimmigkeit. Insofern steht sie in einem gewissen Gegensatz zur Autonomie eines Verbandes, die in der Regel durch Mehrheitsbeschlüsse betätigt wird.

Gerade weil die Vereinbarung in ihrer Wirksamkeit von einem übergeordneten Rechtssatz abhängig ist, hat sie ausserhalb des innerstaatlichen Rechtssystems — also im Völkerrecht — keine Stätte (S. 227). Wenn zwei Staaten Normen vereinbaren, nach denen sich ihre künftigen, gegenseitigen Beziehungen in einer bestimmten Angelegenheit richten sollen, so erblickt Walz in einem solchen Abkommen im Gegensatz zu Triepel[1] lediglich einen Normenvertrag, der nur die Paciscenten selbst bindet und mit dem privatrechtlichen Normenvertrag auf eine Stufe zu stellen ist.

Die Eigenart des Beschlusses liegt für Walz — er schliesst sich hier durchaus an Heck[2] an — „in seiner Abhängigkeit von einer zu Grunde liegenden Rechtsbeziehung" (S. 222). Er reiht ihn in die Gruppe der abhängigen Rechtsakte ein, „die innerhalb bestehender Grundrelation einer näheren Bestimmung im Wege einer durch das verbindende, gemeinsame Sozialinteresse der unterliegenden Grundrelation eingeschränkten Privatautonomie dienen."

---

# II. Abschnitt:

# Grundlegungen.

## Kapitel 1:

## Die Methode der juristischen Begriffsbildung.[3]

Die im Vorstehenden gegebene Literaturübersicht erhebt keineswegs den Anspruch, einen vollständigen Katalog der in dem Streit um den Gesamtakt und die Vereinbarung überhaupt zur Sprache gekommenen Gründe und Gegengründe zu bieten. Die

[1] Zu vergleichen dessen interessante Ausführungen bezüglich des Auslieferungswesens S. 71 ff.

[2] Heck S. 349.

[3] vergl. hiezu Heck, Grundriß, Anhang.

Hervorhebung und Besprechung der Autoren, die wesentliches zu unserem Problem gesagt haben, verfolgte vielmehr in erster Linie den Zweck, die tiefere Ursache des Meinungsstreites hervortreten zu lassen, die von Walz klar erkannt und in seiner Arbeit vorab behandelt wird[1], nämlich die Frage der Methode der juristischen Begriffsbildung.

Der Gesetzgeber muss bei der Bildung seiner Normen, die allgemeine Sätze darstellen sollen, notwendig mit Begriffen arbeiten. Er tritt, erfüllt und getragen von bestimmten Anschauungen und Werturteilen an seine Aufgabe heran und sucht die Lebenserscheinungen, die er zum Gegenstand einer gesetzlichen Regelung machen will, unter einer einheitlichen Formel, einem Begriff, zusammenzufassen, mit anderen Worten, er formuliert den gesetzlichen Tatbestand und knüpft an diesen den Ausspruch der Rechtsfolge, in welchem sein Wille unmittelbar zum Ausdruck gelangt.

Für den Richter, an den die unübersehbare Vielgestaltigkeit des Lebens herantritt und Entscheidung nach dem Gesetz erheischt, ergibt sich nun die Aufgabe, festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt unter den gesetzlichen Tatbestand subsumiert und deshalb die entsprechende Rechtsfolge ausgesprochen werden muss.

Zur Lösung dieser Aufgabe braucht der Richter die Unterstützung der Wissenschaft. Sie unternimmt es — und damit erfüllt sie einen besonders bedeutungsvollen Teil der ihr gestellten Aufgabe —, aus dem ihr vorliegenden Gesetzesmaterial neue Rechtsbegriffe herauszubilden. Der Gesetzgeber pflegt in seinen Gesetzen einzelne Vorschriften aneinanderzureihen, ohne sich über das Vorhandensein und die Ursachen von Verwandtschaften, die in verschiedener Richtung zwischen den einzelnen Normen — auch denen anderer Gesetze — bestehen können, klare Rechenschaft abzulegen. Die Wissenschaft legt diese Verbindungslinien bloss, fasst verwandte Tatbestände zu Gruppen mit bestimmten Kennzeichen zusammen und stellt diese wieder in Gegensatz zu anderen Gruppen. Die Eigenart der in einer solchen Gruppe zusammengefassten gesetzlichen Erscheinung wird auf eine kurze Formel gebracht, m. a. W., es wird ein neuer Rechtsbegriff gebildet. Die Bedeutung dieser Begriffsbildung, die aus einer Vielzahl einzelner Normen ein Rechtssystem entwickelt[2], liegt darin, dass sie gewissermassen die Logik des Gesetzes in Erscheinung treten lässt und damit einerseits dem Richter ermöglicht, für einen Fall, der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, doch aus dem Gesetz die richtige Entscheidung zu finden, andererseits dem Gesetzgeber der Zukunft die Technik an die Hand gibt, mit deren Hilfe er durch zweckmässige Formulierung des Geestzeswortlautes seine Absichten, von denen er bei der Gesetzgebung geleitet wird, möglichst vollständig zu verwirklichen

[1] vergl. seine Ausführungen S. 201 ff.

[2] vergl. hiezu die Arbeit von Schönfeld „Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts“ in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts S. 191 ff.

vermag. Der Wert eines Rechtsbegriffes — und damit die Berechtigung, ihn überhaupt aufzustellen — muss stets daran ermessen werden, ob sein Gebrauch bei der Rechtsanwendung zu richtigen, dem Geist und dem Willensgehalt des Gesetzes entsprechenden Ergebnissen führt. In diesem Sinn müssen die Ausführungen von Walz (zu vgl. vor allem S. 219) über die von ihm vertretene normativ-teleologische Methode der Begriffsbildung verstanden werden und ist ihnen uneingeschränkt zuzustimmen.

## Kapitel 2:

## Der Inhalt der Rechtsbegriffe „Rechtsgeschäft" und „Vertrag".[1]

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen ist unser Problem nun folgendermassen zu formulieren: Ist es geboten, im Bereiche der Handlungsformen, in denen die Rechtssubjekte innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken ihre Rechtsbeziehungen zu anderen Rechtssubjekten gestalten, gewisse Erscheinungen unter einem besonderen Rechtsbegriff zusammenzufassen und dem Vertrag oder gar dem Rechtsgeschäft gegenüberzustellen?

Drei Erscheinungen sind es, deren Einordnung in das System der Handlungsbegriffe strittig geworden ist:

1. Die auf die Gründung einer juristischen Person gerichteten Handlungen.
2. Die Handlungen, die die Willensbildung innerhalb einer in einer gemeinsamen Rechtsbeziehung stehenden Mehrheit von Rechtssubjekten zum Ziel haben (Beschlüsse).
3. Die Beteiligung mehrerer Rechtssubjekte als Parteigenossen bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts.

Die Zusammenfassung dieser Erscheinungen unter dem Begriff „Gesamtakt" ist dann gerechtfertigt, wenn dieser eine Eigenart, eine strukturelle Verwandtschaft derselben erfasst, die sie von anderen Handlungs-Erscheinungen, vom Vertrag oder Rechtsgeschäft unterscheidet. Weitere Voraussetzung ist, dass gerade in dem Eigenartigen, Typischen, das der Begriff „Gesamtakt" von den unter ihm zusammengefassten Handlungserscheinungen aussagt, die Begründung zu finden ist dafür, dass die allgemeinen Geschäftsnormen des bürgerlichen Gesetzbuches, wie sie im dritten Abschnitt des ersten Buches unter der Ueberschrift „Rechtsgeschäfte" enthalten sind, sei's überhaupt nicht, sei's nur eingeschränkt auf diese Erscheinungen Anwendung finden können. Mit anderen Worten, wenn der Begriff „Rechtsgeschäft" gerade das enthält, was der Inbegriff der allgemeinen Geschäftsnormen in sich schliesst

[1] vergl. dazu Heck, Sachenrecht § 29 S. 113 ff.

— und er kann nicht mehr und nicht weniger enthalten —, so darf eine bestimmte Handlungserscheinung nicht zum Begriff des Rechtsgeschäfts in Gegensatz gestellt werden, wenn die allgemeinen Geschäftsnormen uneingeschränkt Anwendung finden können.

Die erstere Voraussetzung, nämlich Verwandtschaft der unter dem gleichen Begriff zusammengefassten Erscheinungen und Gegensatz zu Erscheinungen anderer Begriffe ist bei dem Gesamtakt Kuntze's erfüllt: Nach Kuntze sollen sich die Erscheinungen, die er unter dem Begriff Gesamtakt zusammenfasst, vom Vertrag durch den Inhalt und die Richtung der mehreren Willenserklärungen unterscheiden.

Dagegen prüft Kuntze ebensowenig wie die meisten anderen Vertreter der Gesamtaktstheorie — auf die Ausnahmen wird noch zurückzukommen sein — ob die Unterscheidung zwischen Vertrag und Gesamtakt gerechtfertigt ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Normen über Rechtsgeschäfte. Sache der folgenden Ausführungen wird es sein, diese Unterlassung Kuntze's nachzuholen. Dabei wird zweckmässig zunächst untersucht werden, was das bürgerliche Gesetzbuch unter „Rechtsgeschäft" und „Vertrag" versteht. Der Gehalt dieser beiden Begriffe muss durch eine Zusammenstellung der allgemeinen auf Rechtsgeschäft und Vertrag bezüglichen Normen festgestellt werden. Hieran wird sich dann die Untersuchung anzuschliessen haben, ob und inwieweit diese Normen im Einzelnen auf den Gründungsakt, den Beschluss und das „gemeinsame Rechtsgeschäft" im Sinne v. Tuhr's angewendet werden können.

Im bürgerlichen Gesetzbuch findet sich eine Definition des Begriffes „Rechtsgeschäft" nicht. Immerhin ist der Gehalt des Begriffes vom Gesetzgeber selbst dadurch festgelegt worden, dass er im dritten Abschnitt des ersten Buches des bürgerlichen Gesetzbuches eine Anzahl von Rechtsnormen zusammengestellt und durch die Ueberschrift „Rechtsgeschäfte" seinen Willen kundgegeben hat, dass diese Normen grundsätzlich für alle Rechtsgeschäfte gelten sollen. Wenn also an anderen Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches von Rechtsgeschäft die Rede ist, so liegt hierin immer eine stillschweigende Bezugnahme auf die §§ 104—185 B.G.B., falls nicht jeweils ausdrückliche Abweichungen von der Regel festgesetzt sind. Als solche Ausnahmevorschriften sind z. B. anzusehen die §§ 2347 II, 2274, 2275, 2282, 2296 B.G.B. (grundsätzlich können rechtsgeschäftliche Willenserklärungen durch Vertreter abgegeben werden (164 ff. B.G.B.). Die Entscheidung der Frage, ob die Gründungsakte Rechtsgeschäfte sind, wird deshalb von der Untersuchung abhängen, ob und in wieweit die §§ 104—185 B.G.B. auf sie anwendbar sind.

Auch der Begriff der „Vertrages" wird im bürgerlichen Gesetzbuch nicht definiert. Im ersten Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch war eine solche Definition enthalten. Sie wurde nicht Gesetz. Der Gesetzgeber ist auch hier den anderen Weg gegangen.

Er hat im dritten Titel des dritten Abschnittes des ersten Buches des bürgerlichen Gesetsbuches einige wenige Normen zusammengefasst unter der Ueberschrift „Vertrag". Damit ist ausgesprochen, dass der Vertrag ein Rechtsgeschäft ist, das sich durch einige wenige Besonderheiten kennzeichnet, die in den §§ 145 ff. B.G.B. zusammengefasst sind. Andere Vorschriften, die zur Umschreibung des Vertragsbegriffes heranzuziehen wären, sind im bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorhanden. Dabei muss bereits an dieser Stelle auf § 305 B.G.B. eingegangen werden. Dieser lautet:

> Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft, sowie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Verschiedene Autoren, die den Gesamtakt bzw. die Vereinbarung als umfassenden Rechtsbegriff in Gegensatz zum Vertrag stellen, haben für ihre Definition des Vertrags eine Formulierung gewählt, die den Verdacht nahelegt, dass sie die Bedeutung des § 305 B.G.B. verkannt haben.[1]

§ 305 B.G.B. darf nicht so verstanden werden, als ob es sich hier irgendwie um eine Definition des Vertragsbegriffes handelte. § 305 will lediglich besagen, dass, wenn durch Rechtsgeschäft, d. h.

---

[1] Oertmann, S. 86: „Der Unterschied (sc. zwischen Vertrag und Gesamtakt) liegt darin, dass beim Vertrag zwei besondere, in der Regel mit entgegengesetzten Interessen auftretende Parteien einander gegenüberstehen, während beim Gesamtakt alle Beteiligten zusammenwirken . . . . . .".

Bangert S. 9: „Der Vertrag berechtigt die Parteien oder einen Dritten, oder er verpflichtet sie zu einem Tun oder Unterlassen".

Biermann § 135,2: „Das auf Schaffung der juristischen Persönlichkeit gerichtete Rechtsgeschäft der Vereinsmitglieder ist kein . . . . . Vertrag, da nicht bloss Verpflichtungen (!) jedes Vereinsmitgliedes gegenüber allen anderen begründet werden, sondern ein neues . . . . Rechtssubjekt geschaffen werden soll".

Unklar Eltzbacher, S. 167: „Der Unterschied (sc. zwischen Vertrag und Gesamtakt) besteht in der versch. Bedeutung ihrer Rechtsfolge für die Beteiligten. Beim Vertrag Gegensatz der Interessen, beim Gesamtakt Einheit der Interessen".

Triepel, S. 45: „Die Eigenart des Vertrags besteht darin, dass er dauernde, entgegengesetzte, aber korrespondierende Interessen zu erfüllen vermag. Der Vertrag ist die Vereinigung mehrerer Personen von verschiedenem, aber korrespondierendem Interesse zu inhaltlich entgegengesetzten auf denselben äusseren Zweck gerichteten Willenserklärungen."

Binding S. 69 kennzeichnet den Vertrag als ein Rechtsgeschäft, „welches durch zwei von verschiedenen Rechtssubjekten ausgehende, auf denselben Zweck gerichtete, einander notwendig ergänzende Handlungen verschiedenen Inhalts begründet wird." Liegen aber bei der Vereinsgründung nicht auch Willenserklärungen der Gründer vor, die verschiedenen Inhalt haben, insofern jede die Mitgliedschaft wieder eines anderen Rechtssubjekts bedeutet, und sich notwendig zu dem Gesamttatbestand der Gründung ergänzen? Bei dem Tatbestand eines Vereins mit 20 Mitgliedern bedeutet doch sicher die Gründungserklärung des zwanzigsten Mitgliedes die notwendige Ergänzung der anderen 19 Erklärungen.

durch den hierauf gerichteten Willen zweier oder mehrerer[1] Rechtssubjekte ein Schuldverhältnis unter den Beteiligten begründet oder geändert werden soll, dies grundsätzlich in Form eines Vertrags zu geschehen hat, d. h. nur in den Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt, kann ein Verpflichtungsverhältnis begründet oder geändert werden, ohne dass alle Beteiligten, Gläubiger und Schuldner, seien dies zwei, oder, wie bei der Gesellschaft, mehr Rechtssubjekte, einen entsprechenden Willen erklären.[2] Als derartige Ausnahmevorschriften sind anzusehen bezüglich der Begründung von Schuldverhältnissen z. B. die Auslobung gem. § 657 B.G.B. und der Vertrag zu Gunsten Dritter nach § 328 B.G.B.

Die Begriffe „Rechtsgeschäft" und „Vertrag" werden in § 305 B.G.B. nicht definiert, sondern vorausgesetzt, ebenso wie der Vertragsbegriff in § 2274 (Erbvertrag), 1741 (Adoptionsvertrag) und 1432 B.G.B. (Ehevertrag) vorausgesetzt wird. Gerade diese Beispiele zigen, dass das Gesetz unter Vertrag eine Rechtsfigur versteht, die für alle Teile des bürgerlichen Rechts, nicht nur für das Schuldrecht von Bedeutung ist.[3] Auch in andern Fällen, wo das Gesetz nicht ausdrücklich das Wort „Vertrag" gebraucht, liegen unstreitig Verträge vor, so bei den dinglichen zweiseitigen Rechtsgeschäften des Sachenrechts[4] und bei der Eheschliessung. Wenn im ersteren Fall das Gesetz gewöhnlich von „Einigung" oder „Einigsein" spricht (vgl. §§ 873, 929 B.G.B.), so liegt der Grund darin, dass durch die Uebereinstimmung der Willenserklärungen der rechtsgeschäftliche Tatbestand, die unmittelbare Aenderung von Sachenrechten grundsätzlich noch nicht verwirklicht wird, vielmehr zu dem Konsens entweder die Uebergabe der Sache (§§ 929, 1205, 1154, 1032 B.G.B.) oder ein Eintrag im Grundbuch (§ 873 B.G.B.) hinzutreten muss. Erst damit ist der Vertrag als solcher geschlossen.[5] Ebenso liegen die Dinge bei der Vereinsgründung. Die Einigung der Gründer über den Inhalt der Satzung vollendet den rechtsgeschäftlichen Tatbestand, die Entstehung einer neuen

---

[1] Gesellschaft! Dies hat Kuntze übersehen. Er erblickt (S. 43) eine besondere Eigenart des Gesamtaktes im Vergleich zum Vertrag darin, dass beliebig viele Rechtssubjekte beteiligt sein können. Kuntze spricht von pluralistischer Natur des Gesamtaktes. Denselben Fehler begeht Triepel (S. 58) wenn er sagt, beim Vertrag könnten sich nur 2 Personen gegenüberstehen.

[2] Vgl. hiezu Heck, Schuldrecht S. 121.

[3] Vgl. auch v. Thur, Allgemeiner Teil, 2. Bd., 1. Hälfte, S. 220.

[4] Wolff, Sachenrecht, § 38, II, 2 und die dort zitierten. Unklar Kohler, § 244 V: „Dem Vertrag gehört auch die Einigung an, die sich auf dem Gebiet des dinglichen Rechts bewegt". Grundsätzlich abweichend Biermann, § 45, 5b: „Es gibt auch Verträge, die nur Bestandteile eines Rechtsgeschäftes sind, so namentlich die Einigung des Sachenrechts".

[5] Wolff, § 38 II, 2: „Der Staatsakt der Eintragung steht innerhalb, nicht ausserhalb des Vertrags".

Vgl. auch v. Tuhr, 2. Bd. S. 221, der bezüglich des dinglichen Vertrags bemerkt: „Den konsensualen Teil des Tatbestandes nennt das Gesetz Einigung. Zum dinglichen Vertrag gehört immer noch ein Realakt".

juristischen Person, nicht. Es muss vielmehr noch ein Eintrag im Vereinsregister (§ 21 B.G.B.), im Handelsregister (§ 200 H.G.B.), oder Genossenschaftsregister (§ 11 Gen.G.) hinzutreten. Die Tatsache, dass das bürgerliche Gesetzbuch in seinem Abschnitt über die Vereine (§ 21 ff. BGB.) nicht ausdrücklich vom Vereinsvertrag spricht, ist also für unsere Frage, ob die Vereinsgründung als Vertrag anzusehen ist oder nicht, ohne Belang.

Die Lösung muss vielmehr, wie bereits oben angedeutet, auf dem Weg gefunden werden, dass die allgemeinen Normen über Rechtsgeschäfte und Verträge daraufhin geprüft werden, ob sie auf die Erscheinungen, um deren systematische Eingliederung es sich handelt, anwendbar sind.

---

## III. Abschnitt:

# Die einzelnen strittigen Erscheinungen.

### Kapitel 1:

## Die Gründung einer juristischen Person.

### a) Geschäftsfähigkeit und Vertretung.

Ueberblicken wir die im 3. Abschnitt des 1. Buches des BGB. zusammengestellten Rechtsnormen, so fallen eine grosse Reihe von solchen ins Auge, die bei unserer Betrachtung nicht berücksichtigt zu werden brauchen, weil sie wegen ihres spezielleren Charakters sowieso nicht für alle Rechtsgeschäfte bezw. Verträge gelten. Zu diesen gehören die §§ 110 — dieser gilt nur für Schuldverträge — 112 BGB. — eine Vereinsgründung gehört nicht zu den Rechtsgeschäften die „der Geschäftsbetrieb mit sich bringt" — ferner die §§ 113, 127, 128, 129, 135, 136, 137, 156, 160, 161, 174, 180, 185 BGB.

Setzen wir nun den Fall: A. beruft eine Versammlung von 20 Personen ein, die sich für die Gründung eines Vereines zum Zweck der gemeinsamen Ausübung des Tennissportes interessieren. Der Teilnehmer B. ist wegen Geisteskrankheit entmündigt, der Teilnehmer C. ist erst 18 Jahre alt. A. verliesst den Entwurf einer Satzung, die alle wesentlichen Festsetzungen enthält. Alle Teilnehmer stimmen auf Frage des A. dem Entwurf zu. A. wird zum Vorstand gewählt; er lässt die Satzung von 10 Teilnehmern, unter denen sich B. und C. nicht befinden, unterzeichnen und meldet den Verein vorschriftsmässig zur Eintragung an. Dieser wird einge-

tragen und ist damit rechtsfähig geworden. Sind B. und C. Mitglieder? Nein. B. war nach § 104 BGB. geschäftsunfähig, seine Erklärung war deshalb gem. § 105 BGB. ohne jede Bedeutung. Nach dem in § 105 BGB. zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzes soll ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter keinerlei Rechtswirkungen schaffen können, demnach auch nicht Wirkungen, die sich aus der Mitgliedschaft zu einem Verein ergeben.[1] Anders C. Da seine Erklärung die Mitgliedschaft zum Verein zum Ziel hat, und diese wieder die Verpflichtung zur Beitragsleistung in sich schliesst, ist sie nach § 107 nur wirksam mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Diese kann nach § 108 Abs. 1 BGB. nachträglich erteilt und nach § 182 BGB. sowohl C. als auch — hier in sinngemässer Anwendung des § 26 Abs. 2 BGB. dem Vorstand gegenüber erklärt werden. Nach § 184 BGB. wirkt sie auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Unterbleibt die Genehmigung, so ist auch C. nicht Mitglied geworden. Ist § 109 anwendbar? Dies ist zu verneinen. Einen Widerruf kennt das Gesetz nur bei Willenserklärungen, die zu einem vollen rechtsgeschäftlichen Tatbestand noch nicht geführt haben. (§§ 81, Abs. 2 BGB., 183, 658 Abs. 1 BGB.) Im vorliegenden Fall ist aber davon auszugehen, dass die Erklärungen der übrigen Teilnehmer ohne Rücksicht auf die Nichtigkeit der Erklärungen des B. und C. den Verein — zunächst als nichtrechtsfähigen — geschaffen haben. Denn die Wirksamkeit einer Vereinsgründung, die ihrem Wesen nach von einer Vielzahl von Teilnehmern getragen ist, kann nicht davon abhängig sein, ob die Teilnahme eines einzelnen wirksam ist oder nicht.[2] Diese Unabhängigkeit des Vereins von der Individualität seiner Mitglieder kommt vor allem darin zum Ausdruck, dass diese — im Gegensatz zur Gesellschaft — austreten können gem. § 39 BGB., ohne dass hiedurch die Existenz des Vereins berührt wird. Wo hier die Grenze liegt, kann zweifelhaft sein. Die §§ 56, 73 BGB. dürften anzuziehen sein, d. h., wenn sich 10 Personen bei der Gründung beteiligt haben und es stellt sich nach der Eintragung heraus, dass die Erklärungen von 8 Beteiligten von Anfang an nichtig waren, — sei es, dass es sich um Minderjährige handelte, deren gesetzliche Vertreter die Genehmigung verweigern, sei es, dass sie ihre Erklärung wirksam angefochten haben, (vgl. hiezu unten S. 32 ff.), so ist der Verein durch die Eintragung zunächst wirksam entstanden. Zwar ist § 56 BGB. verletzt worden; aber dieser Paragraph stellt nur eine Ordnungsvorschrift dar („soll"). Dem Verein muss aber, wenn nicht vorher neue Mitglieder ordnungsmässig beitreten, nach § 73 BGB. die Rechtsfähigkeit

[1] ebenso Enneccerus, Allgemeiner Teil, § 99 II Anm. 3. Dernburg (§ 83 Note 13) will die Aktienzeichnung eines Geschäftsunfähigen für wirksam halten. Hiegegen mit Recht v. Tuhr, Allgem. Teil, Bd. I, S. 480, ebenso auch Heinsheimer, S. 70, und Ruth, S. 475.

[2] Enneccerus, § 99, II, Anm. 3 gelangt zu demselben Ergebnis durch Anwendung des § 139 BGB.

wieder entzogen werden. Eine rückwirkende Kraft besitzt diese Entziehung nicht.

Gilt der Grundsatz, dass die Korporation wirksam entsteht ohne Rücksicht auf die Ungültigkeit einzelner Beitrittserklärungen, auch für die Gründung der handelsrechtlichen Gesellschaften, der G. m. b. H. und der Aktiengesellschaft? Sicher gilt er nicht für die Gesellschaft des BGB. und die offene Handelsgesellschaft. Diese beiden Gesellschaftsformen sind vom Gesetzgeber in einer Weise ausgestaltet worden, die die Frage nach der Persönlichkeit der anderen Mitwirkenden für alle Beteiligte von höchster Bedeutung sein lässt. Bei diesen Gesellschaften, die im Gegensatz zum Verein nur auf eine kleine Teilnehmerzahl rechnen, will der einzelne Gründer im Regelfall, — auf den jede gesetzliche Normierung zugeschnitten sein muss —, nur unter der Voraussetzung gebunden sein, dass auch alle anderen Mitgründer wirksam gebunden sind.[1] Der Gesetzgeber hat deshalb durchaus folgerichtig für die Gründung einer Gesellschaft die Form des gegenseitigen synallagmatischen Vertrages vorgeschrieben: Die Wirksamkeit der Verpflichtung des einen Gründers steht und fällt mit der Wirksamkeit der Verpflichtungen aller übrigen Beteiligten. Eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger hat dies deshalb nicht zur Folge, weil der Gesellschafter der gehandelt hat, mit seinem ganzen Vermögen haftet gemäß § 179 BGB., da, wenn der Gesellschaftsvertrag nichtig ist, natürlich auch die in ihm enthaltene Vertretungsmacht nichtig ist.

Anders liegen die Dinge bei der G. m. b. H. und bei der Aktiengesellschaft. Die Interessenlage der Gründer ist allerdings dieselbe wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Jeder will selbst Verpflichtungen — bei der A.-G. kann dies grundsätzlich (§ 212 HGB.!) nur die Verpflichtung sein, Aktien zu übernehmen, bei der G. m. b. H. können neben der Uebernahme einer Stammeinlage auch andere persönliche Verpflichtungen ausbedungen werden — nur unter der Voraussetzung übernehmen, dass auch die Verpflichtungen aller anderen wirksam entstehen; denn, angenommen, die Beitrittserklärung auch nur e i n e s Gründers ist nichtig, so tritt die Gesellschaft mit einer Unterbilanz[2] in Höhe des nicht übernommenen Aktienbetrags bzw. der Stammeinlage ins Leben, wodurch natürlich die Aussichten der Mitglieder auf Gewinn verschlechtert werden. Es ist also auch bei diesen Kapitalgesellschaften ein synallagmatisches Verhältnis der Verpflichtungen der einzelnen Beteiligten zu behaupten, wobei es insoweit eine müssige Frage ist, ob diese Verpflichtungen den anderen Beteiligten gegenüber oder der Gesellschaft gegenüber bestehen. An sich müsste demnach auch hier der Grundsatz gelten: Wirksame Ver-

[1] Vergl. hiezu die Ausführungen unten S. 41.

[2] Vergl. Staub-Hachenburg Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz Anm. 47 zu § 2.

pflichtung aller Gründer oder keines Gründeres. Dem steht nun aber bei diesen Kapitalgesellschaften das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft schroff entgegen, weil hier eine persönliche Haftung der Mitglieder des Vorstandes für die von ihnen im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen nicht gegeben ist.

Das Gesetz muss diesem Interesse Rechnung tragen. In § 309 HGB. (entsprechend § 75 G.m.b.H.-Gesetz) sind deshalb der Nichtigkeit einer Gesellschaft sehr enge Schranken gezogen; m. a. W., das Prinzip des Synallagma setzt sich nicht durch: die Gültigkeit der einzelnen Beitrittserklärungen ist kraft ausdrücklicher Vorschrift nicht von der Gültigkeit der übrigen Erklärungen abhängig.[1]

Wie nun, wenn in der Gründungsversammlung D. auftritt und erklärt, er gebe nicht für sich, sondern im Namen und Auftrag des E. die Zustimmungserklärung zur Bildung des Vereines ab? Hatte er hiezu von E. Vollmacht, so muss diese Erklärung gem. § 164 BGB. gegen E. wirken.[2] E. wird Mitglied. Wenn in §§ 167, 170, 171, 172 BGB. von dem „Dritten" die Rede ist, so ist als solcher in unserem Beispiel der Leiter der Versammlung zu betrachten: Wenn sich die Gründer einem solchen stillschweigend unterwerfen, so kommt hierin ihr Wille zum Ausdruck, dass die Rechte, die an sich jedem einzelnen Teilnehmer zustehen, zweckmässigerweise von einer Person ausgeübt werden.[3]

Hatte D. im Augenblick der Abgabe der Erklärung keine Vollmacht von E. — sei es, dass überhaupt keine erteilt oder dass sie überschritten war — so kann E. nachträglich genehmigen und zwar gem. § 182 BGB. sowohl D. als auch — entsprechend dem oben Ausgeführten — dem Leiter der Versammlung oder, wenn ein solcher bereits gewählt ist, dem Vorstand gegenüber. § 178 BGB. kann aus den gleichen Gründen, mit denen oben (S. 29 ff.) die Anwendbarkeit des § 109 BGB. verneint wurde, keine Anwendung finden. Auch § 179 BGB. ist m. E. gerade deshalb nicht anwendbar. Die Norm des § 179 Abs. 1 ist auf Fälle zugeschnitten, in denen sonst der andere Teil bei fehlender Vertretungsbefugnis des einen Teils um den ganzen von ihm erstrebten Rechtserfolg gebracht würde. Die Besonderheit des Gründungsaktes liegt aber — wie oben S. 29 gezeigt wurde — gerade darin, dass der Ausfall eines Teilnehmers das Zustandekommen des Vereines auf Grund der Erklärungen der übrigen Teilnehmer nicht hindert.

Wenn D. für seine Person seine Zustimmung zur Gründung erklärt und ausserdem die gleiche Erklärung im Namen des E. ab-

---

[1] Vgl. hiezu auch Hachenburg, Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz Anm. 47 zu § 2.

[2] Vgl. hiezu § 2 G. m. b. H.-Ges.: Die Erklärung wirkt hier nur dann gegen den Vertretenen, wenn die Vollmacht gerichtlich oder notariell errichtet oder beglaubigt ist.

[3] Vgl. hiezu die Ausführungen unten S. 60.

gibt, so wird dieses Vorgehen nicht nach § 181 BGB. — soweit es E. betrifft — für unwirksam zu erachten sein. Der Interessenkonflikt, der der Norm des § 181 BGB. zu Grunde liegt, tritt in diesem Fall kaum in Erscheinung. Kann sich doch ein selbstsüchtiges Interesse eines selbst Beitretenden daran, dass auch ein anderer beitritt, angesichts der ganzen Struktur des Vereins — es sei wieder an § 39 BGB. erinnert — kaum entfalten und wird deshalb ein solches bei dem Handeln des Vertreters keine besondere Rolle spielen.

### b) Anfechtbarkeit der Gründungserklärungen.

Untersuchen wir nun, inwieweit die Anfechtungsnormen des bürgerlichen Gesetzbuches, die §§ 119 ff. BGB., auf unsere Vereinsgründung Anwendung finden können. A. richtet nach Verlesung des Satzungsentwurfes an die Anwesenden der Reihe nach die Frage, ob sie auf Grund dieser Satzung Mitglieder des Vereins werden wollen. B. gibt seine Zustimmung in der irrigen Annahme, es solle zunächst nur über den Namen des Vereins beschlossen werden. Mit der Höhe des Mitgliedsbeitrages, über die nach seiner Meinung erst demnächst beschlossen wird, ist B. nicht einverstanden. Nach Lage der Sache ist kein Zweifel, dass B. der Gründung des Vereins zugestimmt hat und Mitglied geworden ist. Frage: Kann er seine Erklärung, auch nachdem der Verein durch Eintragung rechtsfähig geworden ist, anfechten, bejahendenfalls, wie wird er die Anfechtung durchführen?

Ueberblickt man die §§ 119 ff. BGB., so kann man unschwer erkennen, dass diese Normen keineswegs irgendwelchen logischen Postulaten ihr Dasein verdanken, sondern vom Gesetzgeber lediglich unter dem Gesichtspunkt einer billigen Abwägung der Interessen des Erklärenden und des Erklärungsempfängers aufgestellt worden sind.[1] Wenn der blosse Motivirrtum durch § 119 BGB. für unbeachtlich und nicht zur Anfechtung berechtigend erklärt wird, so nicht etwa deshalb, weil sich eine andere Regelung aus dem Wesen der Anfechtung heraus verboten hätte — derartige Verbote gibt es für den Gesetzgeber überhaupt nicht — sondern weil die Zulassung der Anfechtung in diesem Fall eine ungerechte Bevorzugung des Erklärenden darstellen würde. Hievon abgesehen stellt das Gesetz zunächst in § 119 BGB. den Schutz des Irrenden in den Vordergrund, gibt aber dann in § 122 den notwendigen Ausgleich in Gestalt einer Schadensersatzpflicht des Irrenden. Begreiflicherweise fällt diese Ersatzpflicht nach § 122 Abs. 2 BGB. wieder weg, wenn der Erklärungsgegner den Irrtum erkannt oder schuldhafterweise nicht erkannt oder gar die man-

[1] Vgl. hiezu Heck, S. 328.: „Damit tritt der Interessenkonflikt bei Gesellschaftsbeschlüssen in das Anwendungsgebiet der allgemeinen Werturteile, die in den Anfechtungsnormen des freien Individualverkehrs enthalten sind".
Vgl. auch vor allem Moos, Tüb. Diss. 1911, S. 2.

gelnde Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung selbst verschuldet hat (§§ 123, 124 BGB.).

Diese Interessenwertung, auf unseren Fall angewandt, muss zu dem Ergebnis führen, dass B., der sich über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befunden hat, jedenfalls seine Erklärung anfechten kann, mit der Wirkung, dass seine Mitgliedschaft ex tunc (§ 142 BGB.) wieder beseitigt wird.[1] Für die weitere Frage, ob aus der Anfechtung eine Schadensersatzpflicht des B. seinen Mitgründern gegenüber entsteht gemäss § 122 BGB., ist wesentlich, welche Folge die Anfechtung des B. für die Vereinsgründung als solche hat. Ist der Verein trotz Eintragung überhaupt nicht entstanden oder besteht er ohne B.? Auch hier ist in folgerichtiger Anwendung des oben S. 29 bezüglich der Teilnahme eines Geschäftsunfähigen an der Vereinsgründung Gesagten festzustellen, dass der Verein ungeachtet der mangelhaften Beteiligung des B. ohne diesen wirksam ins Leben getreten ist. Ist dies aber so, dann ist für eine Ersatzpflicht des B. seinen Mitgründern gegenüber kein Raum. Die von diesen erstrebte Rechtswirkung, die Entstehung des Vereines, ist eingetreten. Ob dieser ein paar Mitglieder mehr oder weniger umfasst, ist demgegenüber nicht von Belang. Eine Sicherung der Mitglieder dahin, dass die andern, auch wenn sie zunächst wirksam Mitglieder geworden sind, nicht wieder abspringen, — u. U. mit sofortiger Wirkung (§ 39 BGB.!) — ist ohnehin nicht gegeben. Wohlverstanden, — es lassen sich Fälle denken, die anders gelagert sind. (§§ 56, 73 BGB.). Hier mag dann mit einem Ersatzanspruch nach § 122 BGB. geholfen werden.

Wenn B. durch Drohung oder arglistige Täuschung von Seiten des Mitgründers C. zum Beitritt bestimmt worden ist, so kann er nach § 123 BGB. seine Erklärung anfechten. Fraglich könnte hier sein, ob er dieses Recht hat, auch wenn die arglistige Täuschung nur von dem Mitgründer C. ausging und die anderen Mitgründer sie weder kannten noch kennen mussten. Dieses Problem des sogenannten „Partialdolus" ist in der Literatur öfters behandelt worden, allerdings meist im Zusammenhang von Untersuchungen des Beschlusses.[2]

Während eine durch Drohung herbeigeführte Willenserklärung, wenn jene von einem Dritten verübt ist, auch dem vollständig unschuldigen Vertragsgegner gegenüber anfechtbar ist, schränkt § 123 Abs. 2 BGB. dieses Recht bei einer durch arglistige Täuschung herbeigeführten Willenserklärung dahin ein, dass es dem Getäuschten nur zusteht, wenn der Vertragsgegner mindestens

[1] Die Anfechtungserklärung ist an den Leiter der Versammlung bezw. an den Vorstand zu richten. Diese sind zur Entgegennahme auch dieser Erklärung als stillschweigend ermächtigt anzusehen.

Vgl. auch v. Tuhr, 1. Bd., S. 517: „Die Anfechtung erfolgt gegenüber dem Verein".

[2] Heck, S. 341. Bangert, S. 38 ff. Weidler, S. 36.

um die Täuschung wissen musste. Ob C. in unserem Fall als „Dritter" i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. angesehen werden kann, erscheint sehr fraglich. Wenn man bedenkt, dass die Anfechtungsnormen des BGB. offensichtlich auf die nächstliegenden Fälle zugeschnitten sind, in denen sich nur zwei Personen gegenüberstehen — schon das Wort „Dritter" deutet darauf hin — und wenn man weiter die Norm des § 123 Abs. 2 BGB. richtig als eine Ausnahmevorschrift gegenüber Abs. 1 würdigt, die als solche streng auszulegen ist, so wird man die Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 auf „pluralistische" Rechtsgeschäfte — um mit Kuntze zu sprechen — verneinen müssen und davon auszugehen haben, dass bei diesen Rechtsgeschäften „Dritter" nur sein kann, wer überhaupt nicht am Gründungsgeschäft beteiligt ist.[1] Auch die Interessenwertung allein muss in unserem Fall zu demselben Ergebnis führen: einerseits ist das Interesse dessen, der einem Verein beitritt, daran, nicht an einer unrichtig motivierten Willenserklärung festgehalten zu werden, um deswillen besonders stark, weil die Beitrittserklärung die u. U. sehr schwerwiegende Unterwerfung unter den Mehrheitswillen des Vereines bedeutet. Andererseits kann das Interesse der gutgläubigen Mitgründer an der Aufrechterhaltung der Erklärung des B. deshalb nicht schwer ins Gewicht fallen, weil, wie dies schon oben Seite 29 hervorgehoben wurde, der Verein ungeachtet der Nichtigkeit der Erklärung des Getäuschten wirksam zur Entstehung gelangt.

In Fällen, in denen die arglistige Täuschung von einer an der Vereinsgründung nicht beteiligten aussenstehenden Person ausgeht, wird es allerdings bei der Anwendung des § 123 Abs. 2 sein Bewenden haben müssen.

Die einjährige Anfechtungsfrist des § 124 BGB. wird um deswillen meist keine praktische Bedeutung erlangen, weil das Anfechtungsrecht gem. § 144 BGB. der alsbaldigen Vernichtung durch Bestätigung, sei es durch Weiterzahlung des Beitrages, sei es durch sonstige Teilnahme am Vereinsleben ausgesetzt ist.

Es ist also festzustellen, dass die Anfechtungsnormen des BGB. jedenfalls auf die Gründung eines idealen Vereines, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, grundsätzlich Anwendung finden müssen[2]. Einen anderen Standpunkt hat die Rechtssprechung des Reichsgerichts von jeher bezüglich der Vereinigungen des Handelsrechts eingenommen; vgl. z. B. R.G. 57, 293; 68, 348; 45, 106; 71, 99; 79, 115; 82, 375; 88, 187; 123, 23; 123, 102; Jur.W. 1904, S. 563. Die Ergebnisse die-

---

[1] Uebereinstimmend wohl Reichsgericht in Jur. W. 1909, S. 718: „ . . . Deshalb ist ein Dritter i. S. des § 123 Abs. 2, Satz 1 BGB. ein anderer als der Empfänger der Willenserklärung, also ein bei dieser Erklärung Unbeteiligter". C. ist aber in unserem Beispiel genau so beteiligt wie jeder andere Mitgründer, da sich die Erklärung des B. auch an C. richtet.

[2] ebenso v. Tuhr, Allgem. Teil, 1. Bd., S. 481. Oertmann, Komm. zum allgem. Teil, S. 86. Anderer Ansicht Ruth, S. 520.

ser Entscheidungen lassen sich dahin zusammenfassen, dass die Erklärungen, die auf die Beteiligung an einer Körperschaft des Handelsrechts abzielen, also Aktienzeichnung, Aktienübernahme, Uebernahme eines Geschäftsanteiles einer G. m. b. H., Beitritt zu einer Genossenschaft, — wegen eines Willensmangels nicht mehr angefochten werden können, nachdem die Gesellschaft oder die Genossenschaft vorschriftsmässig ins Handels- bezw. Genossenschaftsregister eingetragen worden ist. Noch weiter geht das Reichsgericht in Jur. W. 1913, S. 1042. Hier wird eine Anfechtungserklärung, auch wenn sie vor der Eintragung abgegeben worden ist, doch dann für wirkungslos erklärt, wenn trotz der Anfechtung die Eintragung erfolgt.[1] Die Begründung dieses Ausschlusses der Anfechtbarkeit — oder sagen wir besser: die Motive, aus denen heraus das R.G. zu diesem Ausschluss der Anfechtbarkeit gelangt, — gehen im wesentlichen dahin, dass bei handelsrechtlichen Korporationen, die einerseits dazu bestimmt sind, im wirtschaftlichen Verkehr tätig zu werden, andererseits infolge der gänzlich fehlenden oder zumindest stark eingeschränkten Haftung ihrer Mitglieder für die Gesellschaftsschulden auf ihre eigene Kapitalgrundlage angewiesen sind, diese Grundlage im Interesse der zukünftigen Gesellschaftsgläubiger, so wie sie einmal entstanden und durch die Eintragung und Veröffentlichung der Allgemeinheit gegenüber in Erscheinung getreten ist, ungeschmälert erhalten bleiben muss, und nicht nachträglich dadurch wieder erschüttert werden darf, dass Mitglieder ihren Beitritt und damit ihre finanzielle Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber durch Anfechtung rückwirkend wieder vernichten.

Das R.G. begnügt sich nun aber nicht mit diesen Erwägungen. Es glaubt vielmehr, seine Rechtsprechung noch dadurch theoretisch fundieren zu müssen, dass es die Beitrittserklärungen zu handelsrechtlichen Korporationen zu Erklärungen stempelt, die sich in erster Linie an den Rechtsverkehr[2], an die Gläubiger[3], an die Oeffentlichkeit[4], an die Allgemeinheit[5], an die Registerbehörde[6] richten. So sagt das R.G. in Jur. W. 1915, S. 514: „. . . Vielmehr hat die Aktienzeichnung auch die Bedeutung einer der Registerbehörde und der Allgemeinheit gegenüber abgegebenen Erklärung". In Jur. W. 1913, 1042 weist das Reichsgericht der Erklärung, einer G. m. b. H. beizutreten, eine doppelte Bedeutung zu: „Im Innenverhältnis zu den übrigen Gesellschaftern oder zu

[1] ebenso R. G. 82, 375, und Staub in Holdheims Monatsschrift, 1901, S. 135. Dagegen Moos in Jur. W. 1914, S. 506. Anders auch Staub-Hachenburg, Komm. zum G. m. b. H.-Ges. Anm. 30 zu § 2 und Anm. 34 zu § 2, und Moos, Tüb. Diss. S. 65.

[2] R.G. 57, 293.

[3] R.G. 45, 106.

[4] R.G. 88, 187.

[5] R.G. 79, 115; Jur. W. 1913, S. 1042.

[6] R.G. Jur. W. 1915, S. 514.

der bereits gegründeten Gesellschaft verpflichtet sich damit der Erklärende, sich in Höhe der übernommenen Stammeinlage zu beteiligen. Die Uebernahmeerklärung ist aber weiterhin dazu bestimmt, zur Bildung der Kapitalgrundlage der ins Verkehrsleben tretenden oder bereits getretenen Gesellschaft mitzuwirken; von diesem Gesichtspunkt aus richtet sie sich an die Allgemeinheit und hat dieser gegenüber die Bedeutung, für die übernommenen Stammeinlagen schlechthin haften zu wollen, sobald die Eintragung im Handelsregister erfolgt ist". In R.G. 71, 99 wird bezüglich der Uebernahme oder Zeichnung von Aktien gesagt: „. . . sie gelten als gesellschaftliche, rechtspolizeiliche Akte, die der Allgemeinheit gegenüber erklärt sind". In R.G. 79, 115: „Die Zeichnung der Aktien auch des erhöhten Grundkapitals ist ein gesellschaftlicher Akt, der der Allgemeinheit gegenüber erklärt wird . .". In derselben Entscheidung: „. . . Die Erklärung des Zeichnenden . . . als konstitutiver Akt behufs Begründung der A.G., der . . . nicht dadurch in Frage gestellt werden kann, dass . . ." Hier erscheint das Reichsgericht von Gierkes Theorie der Gründungserklärung als einseitigem konstitutivem Willensakt beeinflusst. Dass es nun aber die Unanfechtbarkeit der fraglichen Erklärungen gerade daraus folgerte, dass diese nicht nur einer bestimmten anderen Person, sondern auch der Allgemeinheit gegenüber abgegeben werden, davon kann keine Rede sein. Dazu wird dieser Gedanke vom Reichsgericht viel zu wenig klar entwickelt. In seiner Entscheidung in Jur. W. 1904, S. 563, sagt das R.G.: „. . . Der erkennende Senat hat . . . hervorgehoben, dass die . . . Erklärung eines Gesellschafters . . . nicht bloss interne Bedeutung unter den Gesellschaftern selbst hat, sondern vielmehr dazu bestimmt ist, nach aussen in einem nicht begrenzten und nicht bekannten Personenkreis zu wirken". In der Entscheidung Bd. 45, 106, sagt das Reichsgericht einerseits: „. . . Hieraus ergibt sich, dass die Beitrittserklärung . . . nicht nur der Genossenschaft, sondern auch den Gläubigern zu dienen (!) bestimmt ist und dass die Beitrittserklärung . . . nicht nur eine Erklärung der Genossenschaft, sondern auch den Gläubigern gegenüber ist". Andererseits wird in derselben Entscheidung ausgeführt: „. . . Daraus und aus der rechtlichen Natur der Beitrittserklärung als einer auch für die Gläubiger der Genossenschaft bestimmten (!)[1] verpflichtenden Willenserklärung . . . rechtfertigt sich die Folgerung, dass . . .".

Den Ausgangspunkt bildet für das Reichsgericht offensichtlich die Erwägung, dass das Interesse des einer Korporation Beitretenden an der Wiedervernichtung seiner Erklärung zurückzutreten hat gegenüber dem Interesse der zukünftigen Gesellschaftsgläubiger an der Aufrechterhaltung der Kapitalgrundlage.[2]

[1] Ebenso R. G. 123, 102 ff.: „ . . . weil die Beitrittserklärung für die Oeffentlichkeit bestimmt ist . . . ".

[2] Wie ausschliesslich das Reichsgericht sich in Wirklichkeit von dieser Interessenabwägung leiten lässt, geht aus einer Vergleichung der beiden Ent-

Da nun eine Eigenart der juristischen Person gerade darin zu erblicken ist, dass nur das Kapital der Korporation Objekt der Haftung aus Rechtsgeschäften mit dritten Personen ist unter Ausschluss einer persönlichen Haftung der Mitglieder, so erscheint wohl naheliegend und verständlich, dass das Reichsgericht glaubt, die Unanfechtbarkeit der fraglichen Erklärungen, die aus der oben S. 35 ff. erwähnten Interessenwertung heraus eben unbedingt angenommen werden muss — wenigstens nach Ansicht des Reichsgerichts —, in einleuchtender Weise darauf zurückführen zu können, dass es sich bei der Gründung der juristischen Person um einen Rechtsakt handle, der sich — wenigstens in gewisser Beziehung — aus gleichgerichteten und — da nicht unter den Beteiligten ausgetauscht — eben an die Allgemeinheit gerichteten Willenserklärungen zusammensetze.

Diese Hilfskonstruktion des Reichsgerichts erscheint aber nicht nur nicht überzeugend, sondern vor allem auch durchaus überflüssig.[1] Nicht überzeugend deshalb, weil unser bürgerliches Recht rechtsgeschäftliche Willenserklärungen an die Oeffentlichkeit grundsätzlich nicht kennt, von wenigen ausdrücklichen Ausnahmen abgesehen, wie z. B. §§ 171, 657, 663 BGB. Man könnte zwar versucht sein, in der Bekantmachung, die das Registergericht gemäss § 10 H.G.B. bezüglich aller ins Handelsregister eingetragenen Tatsachen vorzunehmen hat, die Erklärung an die Oeffentlichkeit zu erblicken. Dann müsste aber angenommen werden, dass die Beitrittserklärungen im Augenblick der Bekanntmachung

---

scheidungen 71,99 und 72,291 deutlich hervor. Beiden Erkenntnissen liegt derselbe Tatbestand — wenigstens, soweit er hier interessiert, — zugrunde. Es hatte jemand Aktien gekauft und war hiebei arglistig getäuscht worden. In RG. 71, 99 hatte es sich um vollgezahlte, in RG. 72, 291 um nicht voll gezahlte Aktien gehandelt. In der Entscheidung 71,99 wird ein Schadensersatzanspruch des Käufers bejaht. Zur Begründung wird gesagt, dass der Käufer seine Ansprüche nicht in seiner Eigenschaft als Gläubiger, sondern in seiner Eigenschaft als Käufer der Aktien geltend mache. Der von ihm beanspruchte Schadensersatz sei nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich etwas anderes als die auf das Grundkapital geleistete Einlage. In der Entscheidung 72,291 wurde der von der A.-G. auf Zahlung des Kaufpreises verklagte Käufer der Aktien verurteilt, — ihm also ein aufrechnungsfähiger Ersatzanspruch aberkannt — mit der Begründung, der Käufer einer nicht voll gezahlten Namensaktie könne der auf den Rest klagenden Aktiengesellschaft nicht entgegen halten, dass er durch Betrug zum Erwerb der Aktien bestimmt worden sei. Der Widerspruch zwischen diesen beiden Entscheidungen ist unverkennbar. Das Reichsgericht verneint aber einen solchen mit der offensichtlich für entscheidend gehaltenen Begründung, dass es sich in dem in R.G. 71,99 behandelten Fall um voll gezahlte Aktien gehandelt habe. In einem solchen Fall stehen eben Interessen der Gläubiger einer Anfechtung nicht im Wege.

Der gleiche Widerspruch kann zwischen den Entscheidungen 62,30 und 68,309 ff. festgestellt werden. Auch hier ist die Begründung für die entgegengesetzten Entscheidungen lediglich darin zu finden, dass im einen Fall (68,309) die Aktien voll eingezahlt waren, im anderen Fall (62,30) dagegen nicht.

[1] Vgl. hiezu auch Lehmann im „Recht", 1901, S. 460.: „ . . . Daran ändert nichts, dass die Erklärung sich auch an die Registerbehörde und an den Rechtsverkehr richtet. Mit letzterer Wendung dürfte nicht viel anzufangen sein". (!)

überhaupt erst wirksam werden und vorher ohne Einschränkung widerrufen werden können. Diese Folgerung wird aber — soviel ich sehe — und zwar mit Recht nirgends gezogen. Vielmehr lassen das R.G. und die seiner Rechtssprechung zustimmenden Autoren[1] das Anfechtungsrecht bereits mit der erfolgten Eintragung im Handelsregister erlöschen, in einem Augenblick, in dem die Allgemeinheit noch gar keine Kenntnis von den Erklärungen der Beteiligten hat. Ausserdem ist folgendes zu beachten: In § 122 Abs. 1 BGB. wird vorausgesetzt, dass es neben Erklärungen, die einem andern gegenüber abzugeben sind, andere Erklärungen gibt, die nicht einem andern gegenüber abzugeben sind. Als solche kommen nur in Frage Erklärungen an Behörden (vgl. §§ 143 Abs. 3, 875 Abs. 1, Satz 2, 1183, 1168 usw. BGB.) und weiter Erklärungen an die Oeffentlichkeit (§§ 171, 657 BGB.). Dass das bürgerliche Gesetzbuch nun von der Anfechtbarkeit auch der an die Oeffentlichkeit gerichteten Erklärungen ausgeht, ergibt sich aus einer Gegenüberstellung von § 143 Abs. 4, Satz 1 mit Abs. 3, Satz 1 einerseits und Abs. 4, Satz 2 andererseits, weiter aus § 123 Abs. 2 BGB., in dem das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nur bezüglich solcher Erklärungen eingeschränkt wird, die einem andern gegenüber abzugeben sind. Die Feststellung, dass eine Willenserklärung schon um deswillen jeder Anfechtung entzogen ist, weil sie an die Oeffentlichkeit gerichtet ist, steht demnach nicht in Einklang mit dem Gesetz. Mit der Konstruktion der fraglichen Erklärungen als Erklärungen an die Oeffentlichkeit ist für die Frage ihrer Anfechtbarkeit nichts gewonnen.

Bei der Lösung der Frage ist vielmehr davon auszugehen, dass die Anfechtungsnormen des BGB., wie schon oben S. 34 angedeutet wurde, auf die auch für die Schöpfer des bürgerlichen Gesetzbuches begreiflicherweise im Vordergrund gestandenen Erklärungen zugeschnitten sind, die ein Schuldverhältnis zwischen einzelnen Rechtssubjekten zum Gegenstand haben. Dabei sind zu diesen Erklärungen auch diejenigen zu rechnen, die zunächst an die Oeffentlichkeit gerichtet sind: Der nach § 657 BGB. Auslobende kann sein Versprechen bis zur Vornahme der Handlung widerrufen (§ 658 BGB.). Von dem Augenblick an, in welchem die Frage der Anfechtbarkeit also überhaupt erst Bedeutung erlangt — sobald nämlich die Handlung vorgenommen ist — besteht ein Schuldverhältnis zwischen dem Auslobenden und dem, der die verlangte Handlung vorgenommen hat, bei dem die Interessenlage zwischen den Beteiligten sich in nichts unterscheidet von der z. B. bei einem Kauf vorliegenden. In beiden Fällen stehen sich gegenüber das Interesse des Erklärenden daran, dass nur sein wahrer und unbeeinflusster Wille zur Grundlage des Schuldverhältnisses wird, und

[1] Dernburg I, § 83 Anm. 9. Staub bei „Holdheim's Monatschrift" 10, 133. Wieland S. 497 Anm. 23. Lehmann „Lehrbuch des Handelsrechts" S. 313 Anm. 23. Sievers in D.I.Z. 1903, 85.

das Interesse des Erklärungsempfängers, dass die Erklärung so gilt, wie sie von ihm aufgefasst wurde. Andere Interessen Dritter, nicht an dem Schuldverhältnis selbst beteiligter Personen, die nach der einen oder anderen Seite in die Wagschale fallen könnten, sind in aller Regel nicht vorhanden. Ganz anders liegen die Dinge — wenigstens nach der Auffassung des Reichsgerichts — bei der Gründung handelsrechtlicher Korporationen. Hier sollen dem Interesse des Erklärenden die Interessen all der zukünftigen, im Augenblick noch unbekannten Gläubiger entgegenstehen, die mit der Gesellschaft als solcher demnächst in Rechtsbeziehungen treten und sich darauf verlassen, dass die Kapitalgrundlage, die an der Wirksamkeit der Beteiligungserklärungen hängt, tatsächlich vorhanden ist. W e n n dieses Interesse der zukünftigen Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Interesse des Erklärenden die starke Bevorzugung durch die Rechtsordnung verdient, wie das Reichsgericht annimmt, dann bildet dessen Rechtssprechung allerdings die notwendige, durchaus zu billigende Ausfüllung einer mangels Anwendbarkeit der §§ 119 ff. vorhandenen Gesetzeslücke. O b diese Interessenwertung richtig ist, darüber lässt sich wohl streiten. Heck[1] und Hahn[2] stellen sich in Gegensatz zur herrschenden Meinung, die sich dem R.G. anschliesst[3].

Wenn die herrschende Meinung darauf hinweist, dass in den verschiedenen, auf die Gründung der handelsrechtlichen Gesellschaften bezüglichen Rechtsnormen[4] deutlich der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gelangt sei, dass die Kapitalgrundlage der Gesellschaft unter allen Umständen erhalten bleiben muss, so mag man dem entgegenhalten, dass der Gesetzgeber in wohlbedachter Abwägung der Interessen diese besonderen Normen aufgestellt hat; dass diese deshalb als eine abschliessende Regelung dieser besonderen Verhältnisse gedacht waren und nicht willkürlich erweitert und ausgebaut werden sollen. Doch braucht diese Frage hier nicht weiter erörtert zu werden. Es genügt die Feststellung, dass fast keiner der Autoren, die mit dem Reichsgericht die Unanfechtbarkeit der fraglichen Erklärungen vertreten, diese gerade aus einer angeblich besonderen Rechtsnatur der Gründung als Gesamtakt oder Vereinbarung folgern. Eine Ausnahme machen hier — soviel ich sehe — nur Ruth[5] und Heinsheimer[6]. Es

---

[1] „Leipziger Zeitschr." 1908, 919.
[2] S. 57 ff.
[3] Vgl. hiezu oben S. 38 Anm. 1.
[4] Zu vgl. insbes. die §§ 207, 213 Abs. 1, 217, 221, 261, 311 Abs. 3 H.G.B.
[5] S. 526; vgl. hier die Ausführungen unten S. 40 ff.
[6] S. 66: „Der Gesellschaftsvertrag ist die Satzung, das Statut der rechtsfähigen Körperschaft. Die darin enthaltenen Erklärungen der Gründer stellen also sachlich nicht sowohl einen Vertrag, als vielmehr einen konstitutiven Gesamtwillensakt dar, gerichtet auf Schaffung einer von den Gründern rechtlich unabhängigen juristischen Person." Weiter S. 70: „Die Aktienzeichnung und ebenso die Uebernahme von Aktien durch die Gründer selbst stellen sich rechtlich nicht als ein mit den Gründern vorgenommenes Rechtsgeschäft,

ist im Gegenteil darauf hinzuweisen, dass z. B. Cosak (§ 295 I), der in der Errichtung des Vereins ein einseitiges, dem Registergericht gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft erblickt und deshalb wohl als Anhänger der Gesamtaktstheorie anzusprechen ist, aus dieser Auffassung nicht die Berechtigung ableitet, die Anfechtbarkeit einzuschränken oder auszuschliessen. Er sagt vielmehr, dies hätte der Gesetzgeber ausdrücklich festlegen müssen. Und Oertmann[1], der ebenfalls die Gründungsakte als kollektive Willensakte zu den Gesamtakten rechnet, lehnt es ausdrücklich ab, den Ausschluss der Anfechtbarkeit, den er billigt, konstruktiv aus dieser besonderen Rechtsnatur des Gründungsaktes herzuleiten. Er findet den Grund für den Ausschluss der Anfechtbarkeit vielmehr „in besonderen rechtspolitischen Erwägungen, die nur für kapitalistische Assoziationsformen gelten und bei einfachen Vereinen fast völlig ausscheiden".[2]

Ruth[3] hält die Beitrittserklärung zu allen Korporationen — auch den Verein des B.G.B. — für unanfechtbar. Er gelangt zu diesem Ergebnis auf Grund seiner Auffassung, dass die Beitrittserklärung zusammen mit der Aufnahmeerklärung der Korporation ein einheitliches Rechtsgeschäft und zwar einen sogenannten „Körperschaftlichen Gesamtwillensakt" darstelle, bei dem in Abweichung von der Willenserklärung einer Einzelperson innere Willensvorgänge unbeachtlich seien (S. 526 u.). Es erscheint zweckmässig, auf die Gedankengänge Ruth's an dieser Stelle des näheren einzugehen.

Ruth geht davon aus, dass der Vorgang, durch den jemand Mitglied einer Körperschaft wird oder sich von dieser löst, nicht als Vertrag zwischen Korporation und Beitretendem bzw. Austretendem aufgefasst werden kann (S. 487). Dies verbiete sich deshalb, weil die inneren Vorgänge, die Art der Verbindung der Willenserklärungen gegenüber dem Vertrag Besonderheiten aufweisen. Es handle sich hier nicht um Austausch gegenseitiger Willenserklärungen, auch seien die Bindung der Beteiligten an ihre Erklärungen, der Einfluss von Willensmängeln auf die Wirksamkeit derselben und die Grenzen ihrer Wirksamkeit auf ganz anderer Grundlage zu bestimmen wie beim Vertrag (S. 485). Es

---

sondern als einen der Allgemeinheit gegenüber vorgenommenen auf Schaffung der jurist. Person gerichteten konstitutiven Akt dar. Daraus ergibt sich insbesondere, dass eine Anfechtung von Zeichnungs- oder Uebernahmeerklärungen wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung ausgeschlossen sein muss. Dieser Grundsatz, der eine Stütze auch in positiven Rechtssätzen findet (s. insbes. § 311, 3, sowie § 213, Satz 1) ergibt sich aus der rechtlichen Gestaltung der Körperschaft und ihres Werdegangs (!) . . .".

[1] vergl. die Ausführungen oben S. 39.

[2] Uebereinstimmend von Tuhr 1. Bd. S. 481: „Der singuläre durch die Rechtsprechung eingeführte Rechtssatz reicht nur so weit als seine ratio: Schutz der Gläubiger". Und Bach S. 45.

[3] S. 454 ff.

handle sich auch nicht um empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie sie beim Vertrag unbedingt vorliegen müssten.

Dass der Beitritt zu Korporationen keinen Vertragscharakter hat, ist jetzt herrschende Lehre[1]. Ihr ist beizustimmen. M. E. bedarf es aber zur Lösung der Frage, als was sich der Beitritt positiv darstellt, nicht der Herausarbeitung eines neuen Rechtsbegriffes. Den richtigen Ausgangspunkt gibt Willerscheidt. (S. 4). Er stellt den Beitritt zu einer Gesellschaft dem Beitritt zu einem Verein gegenüber und findet den Unterschied zwischen beiden Akten darin, dass bei der Gesellschaft der Hinzutritt eines neuen Gesellschafters den Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages zwischen den alten Gesellschaftern und dem Beitretenden bedeute, während ein Wesensmerkmal des Vereines gerade die Veränderlichkeit des Mitgliederbestandes sei, sodass sich der Beitritt ohne Abschluss eines neuen Vereinsvertrages zwischen dem Beitretenden und den bisherigen Mitgliedern vollzieht. Bei der Ausgestaltung, die die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft von Seiten des Gesetzgebers erfahren hat, ist die Individualität der anderen Gesellschafter für jeden Mitgesellschafter von wesentlicher Bedeutung. Wer mit anderen zusammen ein Gesellschaftsverhältnis eingeht, pflegt sich vorher diese anderen Teilnehmer sehr genau anzusehen. Das persönliche Substrat muss deshalb bei der typischen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unabänderlich sein. Der Beitritt eines neuen Gesellschafters bedeutet infolgedessen eine Erschütterung der Vertragsgrundlage. Das Vertragsverhältnis wird durch den Beitritt ein völlig anderes. Es muss also das Verhältnis auf eine ganz neue Grundlage gestellt mit a. W. ein neuer Gesellschaftsvertrag zwischen den alten Gesellschaftern und dem Beitretenden abgeschlossen werden.[2]

Im Gegensatz hiezu liegt es im Wesen des Vereines, dass die Individualität des einzelnen Mitglieds keine ausschlaggebende Rolle spielt und dass deshalb die Vereinsgrundlage weder durch den Beitritt neuer noch den Austritt alter Mitglieder in Frage gestellt wird. Nun pflegt, wer einem Verein beitreten will, nicht zunächst mit dem Vorstand in Verhandlungen einzutreten und seinen Beitritt von gewissen Voraussetzungen z. B. Aenderung der Satzung abhängig zu machen. Vielmehr wird, wer sich zum Beitritt überhaupt entschliesst, bedingungslos dem Verein — so wie er ist — beitreten und etwaige Absichten auf Aenderung der

[1] Staub Kommentar z. Handelsgesetzbuch Anm. 20 z. § 189 H.G.B. Lehmann Lehrbuch des Handelsrechts § 78, 5 d u. Recht der Aktiengesellschaft II, S. 469 u. I, S. 347 mit Literaturangaben. Willerscheidt S. 4. Reichsgericht **79**, 115, 177 (anders früher Reichsgericht **18**, 66; **28**, 76).
Anderer Ansicht Welling S. 57.

[2] Folgerichtig kann auch grundsätzlich die Gesellschaft den Austritt eines Gesellschafters nicht überdauern. Die Kündigung hebt das ganze Vertragsverhältnis auf.

Satzung als Mitglied auf dem satzungsgemäss vorgeschriebenen Weg herbeizuführen suchen. Der Verein seinerseits hat der Beitrittserklärung gegenüber lediglich zwei Möglichkeiten, entweder diese Erklärung anzunehmen und damit die Mitgliedschaft des Beitretenden zu vollenden oder sie abzulehnen, d. h. die Aufnahme zu verweigern. Es finden also — hierin ist vor allem die Eigenart des Beitritts zu erblicken — keinerlei Verhandlungen statt, als deren Ergebnis schliesslich eine Einigung auf einer bestimmten Grundlage — jede Einigung setzt begrifflich, — auch wenn dies in vielen Fällen nicht äusserlich in Erscheinung tritt, — anfängliche Meinungsverschiedenheiten voraus — zustande kommen könnte. Es gibt — diese Erkenntnis kann aus dem eben geschilderten Vorgang gewonnen werden — Lebensverhältnisse, die ihrer Natur nach nicht darauf angelegt sind, auf dem Wege der Einigung geregelt zu werden, bei denen vielmehr von vornherein nur zwei sich inhaltlich entgegengesetzte Lösungen möglich sind. Der Gesetzgeber hat diese Tatsache bei der Normierung der Lebensverhältnisse in Rücksicht zu ziehen und jeweils zu erwägen, ob die Geltung der §§ 145 ff. BGB. angemessen, m. a. W., ob der Vertrag als die richtige Handlungsform erscheint. § 1183 BGB. ist geeignet, dies zu verdeutlichen: Der Gesetzgeber ist hier davon ausgegangen, dass eine Hypothek durch Rechtsgeschäft nur aufgehoben werden kann, wenn Hypothekar und Eigentümer beide diesen Rechtserfolg wollen. Wenn nun trotzdem gemäss § 1183 BGB. dieses notwendige Einverständnis nicht durch einen regelrechten Vertrag erzielt werden muss, so beruht dies nicht auf einer Willkür des Gesetzgebers. Vielmehr erscheint angesichts der Tatsache, dass die Aufhebung einer Hypothek kein einer verschiedenartigen Ausgestaltung im Einzelfall fähiger Rechtsvorgang ist[1] — für eine „Einigung" ist also kein Raum — die Regelung in § 1183 BGB. durchaus wohl begründet. An Stelle eines Vertrages werden zwei einseitige Willenserklärungen,[2] die jede für sich eine vollendetes Rechtsgeschäft darstellen[3] für ausreichend zur Aufhebung der Hypothek erklärt.

Für die Frage nach der juristischen Natur des Beitritts zur Korporation ergibt sich aus diesen Erwägungen folgendes:

Wenn es sich beim Beitritt einerseits um einen Vorgang handelt, der sowohl in die Rechtssphäre des Beitretenden, wie in die

---

[1] Wenn in § 397 B.G.B. zur Aufhebung eines Schuldverhältnisses ein Erlass v e r t r a g für notwendig erklärt wird, so ist hierin — worauf Heck (Schuldrecht S. 173) mit Recht hinweist, keine angemessene Normierung zu erblicken. Eine dem § 1183 B.G.B. entsprechende Normierung stünde eher im Einklang mit den Lebenstatsachen.

[2] Vergl. Planck 2a zu § 1183 B.G.B.

[3] Nicht anders wie im Fall des § 177 B.G.B., wo zu dem Rechtsgeschäft, das der falsus procurator mit dem Dritten abgeschlossen hat, als zweites — einseitiges — Rechtsgeschäft die Genehmigung des Vertretenen hinzukommen muss — mit dem e i n e n Unterschied allerdings, dass im Fall des § 1183 B.G.B. b e i d e Rechtsgeschäfte einseitig sind (§ 875 B.G.B.).

der Korporation beträchtlich eingreift[1] und deshalb der Rechtserfolg — die Mitgliedschaft des Beitretenden — nur auf Grund von Willenserklärungen, sowohl der Korporation, als auch des Beitretenden eintreten kann,[2] wenn aber andererseits eine Anwendung der §§ 145 ff. BGB. auf diesen Vorgang sich, wie vorstehend ausgeführt wurde, um deswillen verbietet, weil eine Einigung begrifflich unmöglich ist, so kann der Beitritt, da das Gesetz nicht ausdrücklich vom Beitritt als einem Vertrag spricht, tatsächlich nur dahin erklärt werden, dass es sich bei ihm, wie im Fall des § 1183 BGB., um zwei einseitige Rechtsgeschäfte[3] handelt.

Im Einzelnen gilt nun folgendes: Da die Beitrittserklärung in den Rechtskreis der Korporation eingreift, muss sie dieser gegenüber abgegeben werden. Sie ist also empfangsbedürftig.[4] In diesem Punkt ist Ruth durchaus unklar und widerspruchsvoll. Er erklärt zunächst (S. 489), dass die Willenserklärungen der Beteiligten nicht als empfangsbedürftig zu bezeichnen seien. Fast in unmittelbarem Anschluss bemerkt er aber, dass die Erklärungen der Beteiligten sich in einem gemeinsamen Brennpunkt[5] vereinigen. Um diese Vereinigung zu erreichen, könne sich allerdings die Beitrittserklärung nur an die Körperschaft richten. Um ihre Wirkung äussern zu können, muss die Erklärung also dem Verein zugehen. Nur dann kann dieser zu ihr Stellung nehmen. Warum hier also keine empfangsbedürftige Willenserklärung vorliegen soll, ist unerfindlich.[6]

Auch die Aufnahmeerklärung der Korporation ist empfangsbedürftig. Sie muss dem Eintretenden gegenüber abgegeben werden. Dieser Grundsatz kann aber in der Praxis eine Modifikation erfahren mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse, die beim Eintritt in eine Körperschaft vorliegen. Die Körperschaft ist ihrem ganzen Wesen nach darauf angelegt, neue Mitglieder aufzunehmen und bisherige Mitglieder zu entlassen. Bei den Vereinen des BGB.

---

[1] Ruth hat durchaus recht, wenn er (S. 455) betont, dass der Eintritt für den Eintretenden in Anbetracht der durch den Eintritt erfolgten Verkettung mit den Schicksalen der Gemeinschaft eine erhebliche Bedeutung besitzt und wenn er (S. 461) darauf hinweist, dass es sich bei dem Eintritt und Austritt auch für die Körperschaft um einen in ihr Dasein tief einschneidenden Vorgang handelt.

[2] Ruth S. 466.

[3] Kohler (§ 245 II) sieht insoweit ganz richtig, als er feststellt, dass die Annahmeerklärung des Vereinsvorstandes sich bereits auf einem fertigen Rechtsgeschäft — der Beitrittserklärung — aufbaut.

[4] zu vergl. v. Tuhr 2. Bd. S. 205.

[5] Mit dieser Feststellung ist m. E. juristisch gar nichts anzufangen. Wenn 2 Personen einen Kaufvertrag schliessen, so kann man hier mit dem gleichen Recht sagen, dass ihre Erklärungen sich in einem gemeinsamen Brennpunkt vereinigen. Gerade der Vertragsschluss, bei dem die anfänglich auseinandergehenden Meinungen sich schliesslich auf einer bestimmten Ebene schneiden, lässt sich mit diesem Bild ausgezeichnet veranschaulichen.

[6] Dieser Widerspruch wiederholt sich auf S. 514: „Die Austrittserklärung ist ebenso wie die Beitrittserklärung regelmässig an den Vorstand zu richten, nicht, weil sie empfangsbedürftig wäre, sondern weil sie nur innerhalb des Körperschaftsbereichs als Willensäusserung Wirkung zu erzielen vermag.

ergibt sich dies unmittelbar aus § 58 Ziffer 1 BGB. Im Normalfall wird deshalb die Korporation zu der Beitritts- oder Austrittserklärung[1] ihre Zustimmung geben. Der Erklärende kann also annehmen, dass seiner Erklärung von Seiten des Vereins zugestimmt wird. Ist es in solchen Fällen notwendig, dass die Zustimmung dem andern erklärt wird? Das Gesetz selbst gibt die Antwort auf diese Frage: Gemäss § 151 BGB. braucht bei einem Vertrag die Annahme dem Offerenten nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Es besteht kein Hindernis, diese Norm auch auf die Zustimmung des Vereins, die vermutet werden kann, anzuwenden. Der Beitretende nimmt an, dass er aufgenommen ist, wenn er keine Mitteilung erhält.

Wenn die Satzung eines Vereins bestimmt, dass zum Eintritt in den Verein jedermann berechtigt ist und dass die Mitgliedschaft durch eine Beitrittserklärung erworben wird — dies kann in der Satzung gemäss § 58 BGB. festgelegt werden — so wird die Mitgliedschaft ohne irgendwelche Zustimmung oder sonstige Mitwirkung des Vereins durch eine an den Verein gelangte Beitrittserklärung erworben. In einem solchen Fall kann von einem Gesamtwillensakt nicht gesprochen werden. Hier tritt ganz deutlich in Erscheinung, dass die Beitrittserklärung ein einseitiges Rechtsgeschäft[2] ist.

Ebenso wie der Verein durch die Gestaltung der Satzungsbestimmungen über den Eintritt von Mitgliedern Aussenstehenden eine grössere oder geringere Einwirkung auf seine Rechtssphäre gestatten kann, so kann er dies auch bezüglich der Möglichkeit des Austritts tun. Allerdings ist hier der ihm vom Gesetz gelassene Spielraum sehr viel enger. Gemäss § 39 BGB. ist ausgeschlossen, dass der Austritt überhaupt[3] von der Zustimmung der Korporation abhängig gemacht wird. Hier ist nur die Frage, ob die Austrittserklärung für sich allein — ohne Zustimmung der Körperschaft — sofort die erstrebte Rechtswirkung — die Ablösung von

[1] Eine Zustimmung des Vereins zu dieser kommt nur dann in Frage, wenn der Austritt vor Ablauf der in der Satzung vorgeschriebenen Kündigungsfrist wirksam werden soll.

[2] Wenn man diesen Beitritt mit Gierke als einen einseitigen Statusakt bezeichnet, so ist dagegen an sich nichts einzuwenden. Nur muss man sich darüber klar sein, dass damit die Tatsache nicht aus der Welt geschafft wird, dass es sich um ein gewöhnliches einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Ein Rechtsgeschäft ist auch auf dem Gebiet des Personenrechts — nicht anders wie im Schuldrecht — insoweit möglich und wirksam, als den Rechtssubjekten durch das Gesetz eine freie Disposition über Personenrechte gestattet ist. Es fällt niemand ein, den vertraglichen Charakter der Annahme — an — Kindesstatt zu leugnen oder den Gesetzgeber zu schelten, dass er im § 1741 B.G.B. von Vertrag spricht, obgleich hier ebenso ein Statusakt (vergl. Ruth S. 523) vorliegt wie beim Eintritt in einen Verein.

[3] Bei den handelsrechtlichen Korporationen kann das Mitwirkungsrecht der Korporation insofern verstärkt werden, als zur Uebertragung der Mitgliedschaft die Zustimmung der Körperschaft für notwendig erklärt werden kann. (§ 222 Abs. 2, 223 Abs. 1 H.G.B.).

der Körperschaft bewirkt, oder ob diese Wirkung äusserstenfalls erst in zwei Jahren (§ 39 II) eintritt.[1]

Dass der Mitgliedschaftserwerb sich auch insofern ohne Mitwirkung der Korporation vollziehen kann, als jemand durch einen schlichten Vertrag mit einem bisherigen Aktionär dessen Aktien erwerben kann, übersieht Ruth nicht. Er sagt (S. 467), dass dieser Fall in das Schema der Gesamtwillenserklärungen nicht zu passen scheine. Die Lückenlosigkeit seiner Beweisführung sucht Ruth nun dadurch herzustellen, dass er (S. 495 ff.) erklärt, durch die Notwendigkeit, dass der Erwerber der Aktie im Aktienbuch eingetragen werde, sei ja die Mitwirkung der Gesellschaft beim Mitgliedschaftserwerb des Aktienkäufers gesichert. Diese Beweisführung, die Ruth sehr scharfsinnig durchführt, ist insofern nicht schlüssig, als sie die Tatsache unberücksichtigt lässt, dass bei der Uebertragung von Inhaberaktien eine solche Eintragung im Aktienbuch nicht notwendig ist und dass bei einem Verein, wenn die Mitgliedschaft in der Satzung für übertragbar (§ 40 BGB.!) erklärt ist, sich der Mitgliederwechsel unter Umständen ohne jede Mitwirkung des Vereins vollziehen kann.

Ruth glaubt ferner, mit Hilfe seiner Theorie vom Gesamtwillensakt eine einleuchtende Erklärung geben zu können dafür, dass die Beitrittserklärung nicht — wie die Offerte beim Vertrag gemäss § 146 ff. BGB. — ihre Wirkung verliert, wenn sie vom Verein nicht sofort angenommen wird (S. 491 ff.). Ruth hat sicher recht, wenn er sagt, es vergehe immer eine gewisse Zeit, bis die Stellungnahme des Vereins zu der Beitrittserklärung vorliegen könne. Es müsse deshalb zunächst eine Bindung des Beitretenden angenommen werden. M. E. ist es aber, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, keineswegs notwendig, die Theorie vom Gesamtwillensakt heranzuziehen, zumal Ruth auch nicht genau sagen kann — was gerade interessant wäre zu erfahren —, wie lang nun

[1] Wenn Ruth (S. 513) feststellt, dass auch der Austritt ein Gesamtwillensakt sei und sich darauf beruft, dass auch der Beschluss einer Mitgliederversammlung seine Eigenschaft als Gesamtwillensakt nicht dadurch verliert, dass sich einzelne Mitglieder freiwillig der Stimme enthalten oder von der Stimmabgabe gesetzlich ausgeschlossen sind, so ist diese Beweisführung wenig überzeugend: Wenn die einseitige Austrittserklärung für sich allein wirksam ist, so nicht deshalb, weil die Körperschaft freiwillig auf ihre Mitwirkung verzichtet. Auch wenn sie mitwirken und der Austrittserklärung ihre Zustimmung verweigern würde, wäre diese trotzdem wirksam. Näher würde es liegen, auf die Tatsache hinzuweisen, dass auch ein Beschluss gegensätzliche Abstimmungserklärungen — die Erklärungen der überstimmten Minderheit — enthalten kann. Aber Ruth lehnt ja (S. 488) eine Ueberstimmung beim Gesamtwillensakt ausdrücklich ab. Der Gesichtspunkt, dass auch beim Beschluss das Stimmrecht einzelner Mitglieder Kraft Gesetzes ausgeschlossen sein kann, erscheint mir deshalb nicht stichhaltig, weil dieser Ausschluss des Stimmrechts an sich im Widerspruch steht zu dem Wesen des Beschlusses und nur eintritt, wenn es sich um die Beschlussfassung über besondere, dem Vereinsleben keineswegs charakteristische Angelegenheiten handelt (§ 34 B.G.B.), während der Ausschluss des Mitbestimmungsrechts der Korporation gerade kennzeichnend ist für die Eigenart des Austritts.

diese Bindung des Erklärenden an seine Beitrittserklärung andauert. Ruth muss sich vielmehr auf die Feststellung beschränken (S. 492), dass die beiden Erklärungen in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang stehen müssen und dass auf jeden Fall nicht Jahre dazwischen liegen dürfen. Zu diesem Ergebnis gelangt man ebenso gut, wenn man davon ausgeht, dass es sich bei der Beitrittserklärung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Ruth bemerkt[1] richtig, dass Willenserklärungen nach bürgerlichem Recht überhaupt unwiderruflich sind, soweit nicht ein anderes gesetzlich bestimmt ist. Ist also die Beitrittserklärung keine Vertragsofferte, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, so ist sie auf jeden Fall zunächst unwiderruflich. Der Beitretende ist an sie gebunden. Wielang dauert diese Gebundenheit? Das Gesetz schweigt. Mit Recht. Eine allgemein gültige Norm lässt sich hier nicht aufstellen, — sie wäre denn so elastisch, dass mit ihr praktisch auch nicht viel anzufangen wäre. Zu verlangen, dass das zur Aufnahme zuständige Organ sofort, wenn eine Beitrittserklärung vorliegt, zusammentritt und Beschluss fasst, geht nicht an. Dazu ist diese Beitrittserklärung unter Umständen nicht bedeutungsvoll genug. Da andererseits die Bindung nicht ewig dauern kann, wird anzunehmen sein, dass diese erlischt, wenn das zur Aufnahme zuständige Organ in der ersten auf das Beitrittsgesuch folgenden regulären Sitzung über die Aufnahme keinen Beschluss gefasst hat.

Schliesslich sucht Ruth die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung und anderer Erklärungen, die auf eine Beteiligung an Korporationen hinzielen, auf die Tatsache zurückzuführen, dass es sich bei diesen Erklärungen um Gesamtwillensakte handle, und dass bei diesen nur das Erklärte massgebend sei; innere Willensvorgänge seien unbeachtlich. Er muss deshalb folgerichtig auch die Beitrittserklärung zu einem Verein des BGB. für unanfechtbar erklären (S. 520). Mit dieser Auffassung steht aber Ruth ganz allein. Das Reichsgericht hat seine diesbezügliche Rechtsprechung (vergl. hiezu die Ausführungen oben S. 34 ff.) ausschliesslich darauf gestützt, dass bei kapitalistischen Gesellschaften das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Erhaltung des Gesellschaftskapitals so stark ins Gewicht fällt, dass für eine Berücksichtigung der Interessen des getäuschten Aktionärs kein Raum bleibt. Und von den Autoren, die die Rechtssprechung des Reichsgerichts billigen, geht keiner so weit, die Anfechtbarkeit der Beitrittserklärung zu idealen Vereinen zu leugnen.[2]

Der Ansicht dieser Autoren ist m. E. beizupflichten. Die Anwendung des Ruth'schen Rechtsbegriffes führt hinsichtlich der Frage der Anfechtbarkeit des Beitritts zu idealen Vereinen nicht zu

[1] S. 491. Ebenso v. Tuhr 2. Bd. S. 176: „Die meisten einseitigen Rechtsgeschäfte sind Kraft Gesetzes unwiderruflich. — Anders: §§ 168, 183, 658, 81 Abs. 2 B.G.B."

[2] Vergl. hiezu Oertmann S. 86 ff., v. Tuhr 1. Bd. S. 481, Bach S. 45.

einer angemessenen Entscheidung. Die Begriffsbildung Ruth's scheint mir deshalb im Widerspruch zu stehen mit den Gesetzen, nach denen jede juristische Begriffsbildung notwendig zu erfolgen hat: Dem Rechtsbegriff Ruth's fehlt die Voraussetzung, von der, wie oben S. 24 ausgeführt wurde, das Daseinsrecht jedes Rechtsbegriffes abhängt, nämlich die Verwertbarkeit bei der Anwendung des Rechts. Auch die oben gekennzeichneten Widersprüche, in die sich Ruth verwickelt, sind ein deutliches Zeichen hierfür. Der Beitritt zu Körperschaften kann nicht als Gesamtwillensakt erklärt werden.

### c) Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B. auf Gründungsakte.

Prüfen wir nun im folgenden, ob die Normen der §§ 134, 138 B.G.B., die allgemeine Schranken der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie darstellen, auf unsere Gründungsakte anwendbar sind.

Setzen wir den Fall: In der Gründungsversammlung eines Vereines wird eine Satzung beschlossen, welche die nach §§ 57, 58 B.G.B. erforderlichen Festsetzungen enthält; u. a. ist bestimmt, dass der Austritt eines Mitgliedes nur mit Zustimmung der Mitgliederversammlung zulässig ist. Der Verein wird gemäss § 59 B.G.B. vom Vorstand vorschriftsmässig zur Eintragung angemeldet. Was wird das Amtsgericht tun? Nach § 60 B.G.B. muss es die Anmeldung zurückweisen, wenn den Erfordernissen der §§ 56—59 B.G.B. nicht genügt ist. Prüfen wir, ob ein solcher Zurückweisungsgrund im vorliegenden Fall gegeben ist. Nach § 39 B.G.B. darf der Austritt eines Mitgliedes nur in der Richtung erschwert werden, dass die Wirkung der Austrittserklärung um einen Zeitraum hinausgeschoben wird, der höchstens zwei Jahre betragen darf. Einschränkungen des Austrittsrechtes in anderer Beziehung sind unzulässig. Die Satzungsbestimmung, die den Austritt von der Zustimmung der Mitgliederversammlung abhängig macht, ist also mit den zwingenden Vorschriften des B.G.B. nicht vereinbar. Ist das Amtsgericht, da eine nach § 58 Ziff. 1 B.G.B. notwendige Bestimmung über den Austritt der Mitglieder getroffen, den Erfordernissen des § 58 B.G.B. also genügt ist, verpflichtet, den Verein einzutragen? Dies kann unmöglich angenommen werden. Das Amtsgericht kann nicht verpflichtet sein, Satzungsbestimmungen, die gegen zwingende Rechtsnormen verstossen, hinzunehmen, wenn nur die in den §§ 57, 58 verlangten positiven Festsetzungen getroffen sind. Die §§ 57 ff. B.G.B. wollen keine erschöpfende Aufzählung der Satzungsmängel geben, die zur Zurückweisung der Anmeldung führen müssen. Sie betreffen nur Unvollständigkeiten der Satzung, nicht Gesetzwidrigkeiten. Wenn aber der Staat schon bei Fehlen der in § 58 B.G.B. erwähnten Festsetzungen, an deren Stelle ohne weiteres die dispositiven gesetzlichen Be-

stimmungen gelten können,[1] seine zur Entstehung des rechtsfähigen Vereines notwendige Mitwirkung versagt, so muss er dies umsomehr tun, wenn die Satzung sich in wirklichen Widerspruch zu zwingenden Rechtsnormen setzt. Es muss also davon ausgegangen werden, dass eine Eintragung nur auf Grund einer Satzung erfolgen darf, die in allen ihren Teilen mit dem Gesetz in Einklang steht. Diese Feststellung lässt sich auch nicht dadurch umgehen, dass auf dem Umweg über § 134 B.G.B. eine Unvollständigkeit der Satzung angenommen wird. In dem oben angeführten Beispiel liesse sich zwar sagen, dass die gesetzwidrige Bestimmung über den Austritt von Mitgliedern nach § 134 B.G.B. nichtig, eine Bestimmung über den Austritt infolgedessen in der Satzung nicht enthalten ist und deshalb die Anmeldung gemäss § 60 Abs. 1 B.G.B. zurückgewiesen werden muss, da dem Erfordernis des § 58 Ziff. 1 B.G.B. nicht genügt ist. Diese Konstruktion versagt aber in anderen Fällen, so z. B. wenn in der Satzung die Haftung des Vereins für die Handlungen des Vorstandes nach § 31 B.G.B. ausgeschlossen wird.[2]

Demnach scheint für eine Anwendung des § 134 B.G.B. überhaupt kein Raum zu sein, da der rechtsgeschäftliche Tatbestand selbst nur vollendet wird — durch Eintragung —, wenn er keine Gesetzwidrigkeit enthält. Eine einfache Erwägung widerlegt diese Annahme. Wenn der Gesetzesverstoss vom Amtsgericht übersehen und der Verein seiner ungeachtet eingetragen wird, so kann unmöglich die gesetzwidrige Bestimmung einen gültigen Bestandteil der Satzung bilden. Fraglich kann hier lediglich sein, ob nur die einzelne Satzungsbestimmung — u. zw. von vorn herein — nichtig ist und die Wirkung dieser Nichtigkeit auf die Satzung insgesamt sich nach § 139 B.G.B. beurteilt oder ob die ganze Satzung als einheitliches Gebilde angesehen werden und deshalb dieser Nichtigkeit Gesamtwirkung zugeschrieben werden muss. Letzteres ist nicht unter allen Umständen anzunehmen. Wenn in unserem oben angeführten Beispiel die den Austritt der Mitglieder betreffende Satzungsbestimmung nichtig ist, so stellt dieser Umstand die Existenz des Vereines, wenn er einmal eingetragen ist, nicht in Frage. Massgebend für das Austrittsrecht der Mitglieder ist dann die gesetzliche Norm des § 39 Abs. 1 B.B.G.[3] Eine Löschung der Eintragung von Amtswegen gemäss § 142 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt nicht in Betracht. Anders, wenn die Festsetzung des Vereinszweckes wegen Gesetzesverstoss nichtig ist. Ohne Zwecksetzung ist ein Verein nicht denkbar. Ihre Nichtigkeit bedeu-

[1] S. Kommentar der Reichsgerichtsräte 1. zu § 58 B.G.B.

[2] Staudinger 3. zu § 60 meint, in § 57 Abs. 1 werde eine gültige Satzung vorausgesetzt. Wenn der Zweck des Vereins gegen ein gesetzliches Verbot verstosse, so sei die Satzung nichtig. Es müsse deshalb Zurückweisung nach § 60 Abs. 1 B.G.B. erfolgen.

[3] ebenso Staudinger, Bem. B, VII, 3 zu § 21.

tet deshalb Nichtigkeit der ganzen Satzung und damit des Vereines. Die weitere Frage ist hier bloss die, ob die Eintragung, — die von Amtswegen wieder gelöscht werden kann[1] —, bis dahin doch irgendwelche Wirkungen erzeugt,[2] oder ob ihrer ungeachtet ein juristisches Nichts vorliegt. Wie dem auch sei, — diesen Fragen hier im einzelnen nachzugehen, würde zu weit führen —, diese Nichtigkeit kann sich nur auf § 134 B.G.B. gründen, dessen Anwendbarkeit auf die Vereinsgründung — ebenso übrigens, wie die des § 138 B.G.B. — also bejaht werden muss.

Dass der Staat beim Vollzug privatrechtlicher Rechtsgeschäfte massgeblich mitwirkt, ist eine Erscheinung, die sich nicht auf das Korporationsrecht beschränkt. Wir finden diese Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Freiheit ebenso im Liegenschaftsrecht (Grundbuch!) und im Familienrecht (Standesamt — Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts beim Abschluss von Rechtsgeschäften usw.). In all diesen Fällen tritt die Frage auf: Wann wird der Staat tätig? Grundsätzlich nicht von Amts wegen;[3] es bedarf vielmehr eines Anstosses von Seiten der beteiligten Personen. Diese Funktion hat im Grundbuchverkehr der Eintragungsantrag. Er ist nie notwendiger Bestandteil des Rechtsgeschäftes, das durch die begehrte Eintragung zum Abschluss gebracht werden soll. Zur Belastung eines Grundstücks gemäss § 873 B.G.B. ist z. B. nur die Eintragung des Berechtigten und des anderen Teiles und die Eintragung der Rechtsänderung notwendig. Daraus folgt: wenn der Grundbuchbeamte die Rechtsänderung einträgt, ohne dass der Eintragungsantrag gestellt ist, so ist die Eintragung zwar unzulässig — der Grundbuchbeamte durfte sie gemäss § 13 der Grundbuchordnung nicht vornehmen —, sie ist aber wirksam, insofern die Belastung entsteht, wenn eine gültige Einigung vorhergegangen ist.[4] Anders z. B., wenn ein Recht an einem Grundstück gemäss § 875 B.G.B. aufgehoben wird. Wenn hier das Recht im Grundbuch gelöscht wird, ohne dass die nach § 875 B.G.B. notwendige Erklärung des Berechtigten an das Grundbuchamt abgegeben worden ist, so geht das Recht nicht unter. Das Grundbuch wird unrichtig. Der Unterschied ist deutlich: Der Eintragungsantrag im ersteren Fall ist, wie Wolff[5] zutreffend bemerkt, eine prozessuale, empfangsbedürftige, an das Grundbuchamt gerichtete Erklärung. Sie setzt die freiwillige Gerichtsbarkeit in Gang. Die Erklärung an das Grundbuchamt, ein Recht aufzugeben, ist dagegen rechtsgeschäftlicher Natur. Wird in der gleichen Urkunde

[1] Kommentar der Reichsgerichtsräte 1. zu § 60 B.G.B.

[2] Staudinger 5 zu § 60 B.G.B.: „Die Eintragung hat vorläufig konstitutive Wirkung."

[3] Zu vergl. hiezu die Ausführungen v. Tuhr's 2. Bd. S. 154 ff.

[4] Vergl. hiezu Wolff § 31 III und § 36 II, 1.

[5] § 32, 1.

die Eintragung der Löschung beantragt, so sind die beiden Erklärungen streng auseinander zu halten.[1]

Dem Eintragungsantrag entspricht bei den Gründungsakten die Anmeldung zum Vereins- bzw. Handelsregister. Auch sie ist sachlich ein Eintragungsantrag und — wie der Antrag des Grundbuchrechts — eine prozessuale Erklärung, die sich in diesem Fall an das Registergericht richtet.[2] Dass sie bei der Gründung der A.-G. nach § 195 H.G.B. von allen Gründern und Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrates abgegeben werden muss, ändert an ihrem rechtlichen Charakter nichts. Auch sie ist nicht notwendiger Bestandteil des Gründungsgeschäftes, wie sich aus § 21 B.G.B. in Verbindung mit § 59 B.G.B. ergibt: Wenn § 59 Abs. 1 B.G.B. ausspricht, dass „der Verein" vom Vorstand zur Eintragung anzumelden ist, so kann dies nur so verstanden werden, dass der Verein — allerdings zunächst ohne Rechtsfähigkeit — bereits entstanden sein muss, damit zu seiner Anmeldung geschritten werden kann, d. h., die Satzung muss „errichtet" sein, (vergl. § 59 Abs. 3 B.G.B.: „Errichtung"). Demnach ist die Errichtung der Satzung — auf sie wird gleich zurückzukommen sein — der erste notwendige Bestandteil des Gründungsgeschäftes. Dieser durch die Errichtung der Satzung zustandegekommene nicht rechtsfähige Verein erlangt dann, wie sich § 21 B.G.B. ausdrückt, Rechtsfähigkeit durch Eintragung. Diese ist der zweite notwendige Bestandteil des Gründungsgeschäftes. Angenommen nun, der Registerführer hat an der Sitzung, in der die Satzung errichtet worden ist, teilgenommen und trägt nun auf Grund der hiedurch erlangten Kenntnis den Verein nach § 64 B.G.B. vorschriftsmässig ein, so ist dieser damit rechtsfähig geworden, ungeachtet der Tatsache, dass eine Anmeldung gar nicht erfolgt ist.[3] Ebenso kann auf diesem Weg eine Aktiengesellschaft entstehen, ohne dass eine Anmeldung nach § 195 H.G.B. erfolgt ist, wenn nur ein Gesellschaftsvertrag in der Form des § 182 Abs. 1 H.G.B. und mit den nach § 182 Abs. 2 H.G.B. wesentlichen Festsetzungen abgeschlossen worden ist. Dieses Ergebnis folgt auch aus § 309 H.G.B.

---

[1] Aehnlich enthält die Einreichung der Beitrittserklärung eines neuen Genossen durch den Vorstand der Genossenschaft gemäss § 15 Genossenschaftsgesetz zwei Elemente: Die prozessuale Erklärung — der Staat soll durch Eintragung in die Liste der Genossen die Mitwirkung vollziehen, die er sich im Genossenschaftsgesetz vorbehalten hat — und die materiell rechtliche Erklärung des Inhalts, dass die Genossenschaft mit dem Beitritt des neuen Genossen einverstanden ist. Vergl. hiezu weiter Reichsgericht 57, 293 und 68, 350.

[2] Vergl. Staudinger I d zu § 59 B.G.B.: „Die Anmeldung zur Eintragung bedeutet einen Antrag an das Gericht auf Vornahme eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit."

[3] In der Satzung muss allerdings der Wille zum Ausdruck kommen, dass der Verein eingetragen werden soll. (§ 57 Abs. 1 B.G.B.). Vergl. hiezu Staudinger I c zu § 59 B.G.B. Nach R.G.R.-Kommentar 1 zu § 59 ist sonst die Eintragung ungültig. M. E. muss es aber genügen, wenn sich die Gründer mündlich dahin geeinigt haben, dass die Eintragung erfolgen soll.

Wenn also Cosack[1] die Errichtung des Vereins für ein einseitiges Rechtsgeschäft hält, das dem Registergericht gegenüber vorzunehmen ist, so legt er der Anmeldung zum Vereinsregister eine Bedeutung bei, die sie tatsächlich nicht hat.[2] Diese Verwechslung zwischen rechtsgeschäftlicher und prozessualer, die Tätigkeit des Registergerichts anregender Willenserklärung hat wohl auch nicht unwesentlich zu der Auffassung beigetragen, als handle es sich bei den Gründungserklärungen um einseitige, parallel an die Oeffentlichkeit gerichtete Erklärungen, zumal bei der Gründung der Aktiengesellschaft, bei der die Anmeldung von allen Gründern erklärt werden muss (vergl. hiezu oben S. 50).

### d) Die Anwendung der Vertragsgrundsätze auf Gründungsakte.

Wie das dingliche, z. B. auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtete Rechtsgeschäft deshalb als Vertrag anzusprechen ist, weil die Normen der §§ 145 ff. B.G.B. auf seinen konsensualen Teil, die Einigung der Beteiligten, anwendbar sind, so kann die Gründung des Vereins dann als Vertrag angesehen werden, wenn die §§ 145 ff. B.G.B. auf die Errichtung der Satzung anwendbar sind. Dies gilt es im folgenden zu prüfen.

Wenn, um auf unser oben S. 28 angeführtes Beispiel zurückzukommen, A. den anderen Versammlungsteilnehmern den Entwurf einer Satzung vorlegt und sie um ihre Zustimmung befragt, so ist er sicherlich nicht in der Lage, in der Zeit bis zur Zustimmung der anderen seinen Entwurf zurückzuziehen (§ 145 B.G.B.). Vielmehr werden nun die anderen in die Lage versetzt, diesen Entwurf sofort anzunehmen oder abzulehnen (§ 147 B.G.B.). Wollen sie sich Bedenkzeit verschaffen, so müssen sie sich des Einverständnisses des A. versichern. Dieses wird in der Form erteilt, dass A. sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt an seinen Entwurf gebunden hält (§ 148 B.G.B.). Wird die Zustimmung nicht erteilt, so ist die Sache damit erledigt. (§ 146 B.G.B.). Werden von den anderen Abänderungsvorschläge gemacht, so ist auch damit der Entwurf des A. erledigt. A. kommt jetzt vielmehr in die Lage, sich zu den Vorschlägen der andern zu äussern (§ 150) B.G.B.). So nimmt die Verhandlung über den Entwurf des A. ihren Fortgang in der Form immer neuer, sich auf dem Fuss folgender Annahmen „unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen". Dabei findet eine stetige Annäherung dere verschiedenen Meinungen statt, bis alle Teilnehmer der Versammlung sich schliesslich über den Wortlaut der Satzung einig geworden sind. Gesetzt nun den Fall, es haben sich in der von 25 Personen besuchten Versammlung 20 Teilnehmer auf den Inhalt einer Satzung geeinigt; die 5 übrigen

[1] Deutsches bürgerliches Recht § 295 I, 1 b.
[2] Denselben Fehler begeht Hellwig „Verträge auf Leistung an Dritte" § 39.

sind mit der Höhe des Mitgliedsbeitrags nicht einverstanden —, so ist selbstverständlich nach § 154 B.G.B. ein Vertrag zwischen allen Teilnehmern noch nicht zustandegekommen, da sie sich über die Höhe des Mitgliedsbeitrages noch nicht geeinigt haben. Nun mag versucht werden, über diesen einen Punkt auch noch eine Einigung zu erzielen. Die 20 unter sich einigen Teilnehmer können aber auch auf weitere Verhandlungen mit der Minderheit verzichten, unter sich einen Vorstand wählen, den Verein durch diesen zum Vereinsregister anmelden lassen und auf Grund der Eintragung die Rechtsfähigkeit des Vereins erwirken. Die Mitgliederzahl beträgt dann eben nur 20. Notwendig wären gemäss § 59 B.G.B. sieben Mitglieder.

Die Zustimmung zu einem Satzungsentwurf wird immer dem Antragenden oder richtiger: dem Versammlungsleiter[1] gegenüber erklärt werden müssen, da hier eine Verkehrssitte der in § 151 B.G.B. vorausgesetzten Art nicht angenommen werden kann.

Ein versteckter Dissens der Gründer untereinander wird — mindestens beim idealen Verein — in der Regel zur Ungültigkeit des ganzen Gründungsaktes gem. § 155 B.G.B. führen. Dabei kann eine Heilung einer solchen mangelhaften Einigung durch Eintragung im Register allein so wenig eintreten, wie die einer nichtigen Auflassung durch Eintragung im Grundbuch. Der Verein ist zunächst nichtig. Zu diesem Ergebnis muss eine richtige Würdigung des § 309 H.G.B. und des § 75 G.m.b.H.-Ges. notwendig führen: Die grundsätzliche Möglichkeit, dass eine juristische Person, auch wenn sie eingetragen ist, nichtig ist ,vorausgesetzt, liegt die Bedeutung des § 309 H.G.B. (entsprechend § 75 G.m.b.H.-Ges.) darin, dass die Nichtigkeit nur durch gerichtliches Urteil festgestellt werden kann, und dass nur das Fehlen bestimmter besonders wesentlicher Satzungsbestimmungen die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge hat. Da eine derartige einschränkende Bestimmung, deren Rechtfertigung in dem Interesse der Gläubiger an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft zu suchen ist, im bürgerlichen Gesetzbuch nicht enthalten ist, so hat es für die idealen Vereine bei der Norm des § 155 B.G.B. sein Bewenden. Eine andere Frage, die hier auf sich beruhen kann, ist die, ob eine Heilung auf Grund satzungsändernden Beschlusses der Mitgliederversammlung gem. § 33 B.G.B. möglich ist, wie dies gem. § 310 H.G.B. bei der A.-G. der Fall ist.

Vergegenwärtigt man sich nun eine Verhandlung, in der der Inhalt des Gesellschaftsvertrages einer Aktiengesellschaft oder einer G.m.b.H. festgestellt wird, so muss man zu dem Ergebnis kommen, dass auch auf diesen Vorgang die Normen der §§ 145 ff. B.G.B. genau so Anwendung finden müssen, wie auf die Errichtung der Satzung eines Vereins. Zu beachten ist allerdings, dass die Einigung der Beteiligten bei der Gründung der Aktiengesellschaft in einer

[1] Vergl. oben S. 62. Der Versammlungsleiter gilt als stillschweigend bevollmächtigt zur Entgegennahme dieser Erklärung.

„Verhandlung", d. h. unter Anwesenden erfolgen muss (§ 182 H.G.B.), während bei der Gründung der G.m.b.H. denkbar ist, dass der Gesellschaftsvertrag gem. § 152 B.G.B. zustandekommt (vergl. § 2 G.m.b.H.-Ges.), und die Errichtung der Satzung eines idealen Vereines mangels entgegenstehender Bestimmung vollständig formlos — also durch blosse mündliche Erklärungen der Gründer[1] — oder in der Weise erfolgen kann, dass z. B. A. seinen Satzungsentwurf an eine Anzahl Personen versendet und ihre Zustimmung schriftlich einholt. Die Unterschriften von mindestens 7 Mitgliedern gem. § 59 Abs. 3 B.G.B. sind nur notwendiger Bestandteil der Anmeldungserklärung, für die wirksame Errichtung der Satzung — und damit des zunächst nicht rechtsfähigen Vereins — sind sie ohne Bedeutung.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen können wir feststellen, dass nicht nur die allgemeinen Normen über Rechtsgeschäfte, sondern auch die besonderen auf Verträge bezüglichen Bestimmungen der §§ 145 ff. B.G.B. auf die Gründung des Vereines und der handelsrechtlichen Korporationen grundsätzlich Anwendung finden. Aus dieser Tatsache muss dann nach dem oben S. 51 Gesagten notwendig der Schluss gezogen werden, dass die Gründungsakte als Rechtsgeschäfte[2] und zwar als Verträge[3] anzusprechen

---

[1] So auch Staudinger 4 zu § 25 B.G.B., 2 zu § 57 B.G.B.

[2] a. A. eigentlich nur Gierke, der in der Gründung einen sozialen Konstitutivakt ausserhalb des Gebiets der Rechtsgeschäfte erblickt.

Gegen ihn, aber mit Recht v. Tuhr, 1. Bd., S. 476, ebenso auch Kohler, § 145 II.

[3] Ebenso v. Tuhr (1. Bd. S. 476 ff.) mit der Begründung, die Gründung unterscheide sich nicht wesentlich von der Gründung einer Gesellschaft. Wie v. Tuhr auch: Planck, § 25, 1, Enneccerus § 99 Note 2, Endemann § 42, 1.

Gegen die Einreihung unter die Verträge: Gierke „Genossenschaftstheorie" S. 132 ff., Kuntze S. 55, Dernburg § 83 Note 13, Lehmann „Handelsrecht" Lehrbuch § 78, 5, Oertmann Vorbemerkung 5 vor § 21 B.G.B., Anm. 2 zu § 25, Heinsheimer § 44. Wenn dieser seiner Behauptung, es handle sich bei der Gründung der A.G. um einen konstitutiven Willensakt, anfügt, daher sei der Gesellschaftsvertrag, wenn es einmal zur Eintragung der Gesellschaft gekommen sei, jedem weiteren Einfluss der Gründer entzogen, so ist diese Schlussfolgerung in dieser Allgemeinheit sicher nicht richtig. Setzen wir den Fall, die Aktionäre einer A.G., die simultan gegründet worden ist, sind seit dieser Gründung die gleichen geblieben, so können die Personen, die die A.G. gegründet haben, in jeder Weise ihren Einfluss auf die Gesellschaft geltend machen. Sie können sie umgestalten, ja sogar wieder auflösen, wenn es ihnen gefällt. Es wird eben — dies zeigt die Bemerkung Heinsheimers deutlich — über der mystischen Vorstellung von dem Eigenleben, das eine juristische Person angeblich führt, zu leicht übersehen, dass es sich bei diesem Eigenleben in Wahrheit um eine Kette von Rechtsgeschäften zwischen den jeweiligen Mitgliedern handelt, von Rechtsgeschäften, die auf einem Grundverhältnis, eben dem Vereinsvertrag oder dem Gesellschaftsvertrag der A.G. beruhen und von diesem abhängig sind.

Kohler § 145, 3.: Wenn dieser von Parallelerklärungen spricht, die der eine an den anderen richtet, so enthält dieser Satz nach unserer Auffassung einen Widerspruch in sich selbst. Der Fehler Kohlers liegt darin, dass er nicht zwischen der Parallelität der hinter den Erklärungen stehenden Interessen und der Parallelität der Erklärungen selbst unterscheidet.

sind, und zwar, wie die Verträge des Sachenrechts, als „gestreckte Verträge", deren einer wesentlicher Bestandteil die Einigung mehrerer Personen ist.[1]

Wenn Kipp zu Windscheid ausführt,[2] es sei als Fortschritt zu werten, wenn Gierke die Gründungsakte von den Verträgen unterscheide, da sonst der Vertragsbegriff unklar zerfliesse, so ist hiezu zu bemerken, dass es inhaltsreiche und inhaltsarme Rechtsbegriffe gibt, dass aber ein inhaltsarmer Rechtsbegriff nicht willkürlich im Widerspruch mit den Rechtstatsachen mit Inhalten gefüllt werden darf, die ihm einmal nicht zukommen. Dieser Fehler wird m. E. von all denen begangen, die vom Vertrag aussagen, er sei zum Ausgleich entgegengesetzter Interessen da,[3] oder seine Aufgabe sei, Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten herzustellen.[4] Beides ist falsch. Für die Anwendung der §§ 145 ff. B.G.B. ist ganz unerheblich, ob beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes die Interessen der Beteiligten entgegengesetzte sind — wie z. B. beim Kauf —, ob sie teilweise — so bei der Gesellschaft — oder vollständig — so bei der Vereinsgründung — gleichgerichtet sind. Auch im letzten Fall bedeutet der Abschluss des Rechtsgeschäftes einen nicht unerheblichen Eingriff in die Rechtssphäre aller Beteiligten. Die Mitgliedschaft stellt Rechtsbeziehungen zwischen Mitgliedern und Verein her, auf Grund deren die Mitglieder einem — u. U. sogar gegen ihren Willen zustandegekommenen — Mehrheitsbeschluss unterworfen sind. Da die Privatrechtsordnung — es ist dies eine ihrer vornehmsten Aufgaben — die Gleichordnung aller Rechtssubjekte im Rechtsverkehr gewährleisten soll, so darf sie Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen nur so zustandekommen lassen, dass alle, die durch ein Rechtsgeschäft und seine Rechtsfolgen unmittelbar berührt werden sollen, gleichberechtigt an der Gestaltung des rechtlichen Tatbestandes mitwirken dürfen, m. a. W. alle Beteiligten müssen sich über den Inhalt des Rechtsgeschäftes einigen.[5] Dass niemand einen anderen einseitig zu etwas verpflichten kann, ohne dass dieser andere durch seine Erklärung dazu mitwirkt, erscheint ebenso selbstverständlich wie, dass niemand einem anderen wirksam sein Eigentum entziehen kann, ohne dass dieser andere dabei mitwirkt; selbstverständlich ferner, dass niemand ohne seinen Willen Mitglied eines Vereines wird — es sei denn, dass Gesetze, denen der

[1] Vgl. hiezu Walz, S. 210.

[2] Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 1 A. 1a zu § 60.

[3] So z. B. Oertmann, S. 86.

[4] Gierke „Genossenschaftstheorie" S. 134, Anm. 3.

[5] Vgl. hiezu v. Tuhr, S. 203 (2. Bd.): „Soweit die Wirkungen eines Rechtsgeschäftes andere Personen berühren, ist prinzipiell Einigung der beteiligten Rechtssubjekte erforderlich. Dies beruht auf der Idee der Rechtsgleichheit."
Die Normen der §§ 145 ff. B.G.B. müssen auf alle Rechtsgeschäfte, bei denen eine solche Einigung einer Mehrheit von Personen erfolgen muss, notwendig Anwendung finden. Soweit aber diese Anwendung reicht, haben wir es mit Verträgen zu tun.

einzelne unterworfen ist, diese Wirkungen zeitigen — man denke an die Enteignung, an die Zwangsgenossenschaften u. ä.

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich ferner ohne weiteres, dass der Vertrag nicht dadurch gekennzeichnet werden kann, dass er Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten herstellt.[1] Auch der dingliche Vertrag tut dies nicht, vielmehr wird durch ihn ein unmittelbarer Uebergang von Rechten bewirkt.

Wenn also im Vertrag ein Rechtsinstitut von allgemeinster Bedeutung erblickt werden muss, von der Rechtsordnung geschaffen zur Wahrung der Gleichberechtigung im Privatrechtsverkehr, so kann den Gründungsakten, wie dies die Vertreter der Gesamtaktstheorie tun,[2] die Vertragsnatur auch nicht aus dem Grund abgesprochen werden, weil durch sie ein neuer sozialer Rechtsträger, eine juristische Schöpfung ins Leben gerufen wird. Weil die Rechtsordnung die Schaffung juristischer Personen in gewissen Grenzen[3] der — rechtsgeschäftlichen — Initiative der Rechtssubjekte überlässt[4] und weil die Mitglieder in ein Pflichtverhältnis zur Korporation eintreten, deshalb muss die Gründung im Wege der Einigung der Beteiligten über den Inhalt der Satzung, die dieses Pflichtverhältnis in seinen Einzelheiten bestimmt, also durch Abschluss eines Vertrages erfolgen.

Die Auffassung, das Rechtsgeschäft, durch das eine juristische Person geschaffen wird, müsse ein grundsätzlich anderes sein wie das, welches zur Bildung einer Gemeinschaft führt, die nicht juristische Persönlichkeit besitzt, erscheint auch um deswillen unhaltbar, weil der Inhalt des Begriffes „juristische Person" gar nicht a priori gegeben ist.[5] Dass der Verein juristische Person ist und, dass die Gesellschaft des B.G.B. keine ist, steht fest. Wie aber, wenn der Gesetzgeber noch andere Gemeinschaftsformen schafft und diese teils mit gesellschaftlichen teils mit körperschaftlichen Elementen ausstattet? Eine solche Form ist tatsächlich vorhanden — die offene Handelsgesellschaft. Sie ist einerseits sicher eine Gesellschaft. Dies geht schon daraus hervor, dass in § 105 H.G.B. die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft subsidiär für anwendbar erklärt sind. Andererseits trägt sie offensichtlich Züge, die wir als charakteri-

---

[1] so z. B. Gierke „Deutsches Privatrecht", § 33 S. 283: „Vertrag ist die Willenseinigung über ein unter den Beteiligten herzustellendes Rechtsverhältnis". Richtig: Eltzbacher S. 166.

[2] Auch Kuntze befindet sich in diesem Irrtum, (vgl. S. 55): „Der Vertrag kann nicht schaffend auftreten. Ein Schöpfungsakt kann durch Vertrag höchstens vorbereitet, nicht verwirklicht werden". Vgl. weiter Kuntze S. 75.

[3] Vgl. hiezu die Ausführungen v. Tuhrs, 2. Bd., S. 177 ff. über die Grenzen des Parteiwillens.

[4] Vgl. hiezu die Ausführungen von Burckhardt über Privatautonomie S. 2 ff. Vgl. weiter v. Tuhr S. 143.

[5] Sehr richtig Schönfeld „Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts" in der Festgabe der juristischen Fakultäten 2. Bd. S. 350: „Die Rede von dem Charakter als juristische Person ist völlig leer, solange nicht sein Ist-Bezug angegeben wird, was ausschliesslich nach Massgabe des positiven Rechts geschehen kann".

stisch für die Körperschaft ansehen. Es ist hier vor allem an die Bestimmungen der §§ 124, 129 Abs. 4 H.G.B., ferner § 209 der Konkursordnung zu denken. Die offene Handelsgesellschaft ist tatsächlich ein gemischtes Gebilde und es ist deshalb begreiflich, dass die Meinungen darüber, ob sie eine juristische Person ist oder nicht, in der Literatur sehr auseinandergehen.[1] Setzen wir nun den Fall, der Gesetzgeber würde, woran ihn niemand hindern könnte, noch eine Reihe solcher Mischformen schaffen, von denen jede wieder etwas mehr Elemente juristischer Persönlichkeit zugeteilt erhielte wie die andere[2], so dürfte es für die Vertreter der Gesamtaktstheorie schwierig sein, die Frage zu entscheiden, bei welcher Form die Gründung noch Vertrags-, bei welcher sie Gesamtaktscharakter hat. Die Frage ist tatsächlich überhaupt unlösbar.

Schliesslich kann man auch darauf hinweisen, dass durch die Erklärungen der Beteiligten allein — diesen konsensualen Teil des Gründungsgeschäftes haben die Vertreter der Gesamtaktstheorie ja vor allem im Auge[3] — die juristische Person gar nicht geschaffen wird.[4] Die Zwischenform, die hier zunächst zur Entstehung gelangt, ist bei der Vereinsgründung zweifellos ein nicht rechtsfähiger Verein. Bei der Gründung einer Aktiengesellschaft ist bestritten, ob zunächst eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entsteht oder ein nicht rechtsfähiger Verein. M. E. liegt eine Zwischenform vor, die sowohl körperschaftliche Elemente — eine vollständig entwickelte Innenorganisation — als auch ein wesentliches Element der Gesellschaft — eine geschlossene Mitgliederzahl, wenigstens bei der Simultangründung — aufweist. Die Aktienzeichnung ist einerseits Teilnahme an der Gründung, denn nach § 189 H.G.B. geht die Zeichnung der Errichtung der Gesellschaft voraus. Andererseits fehlt dem Zeichner der Einfluss des eigentlichen Gründers auf die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages[5]. Insoweit hat die Zeichnung den Charakter einer Beitrittserklärung. Sie ist einseitiges Rechtsgeschäft, während die Aktienübernahme Bestandteil eines Vertrages ist. Die endgültige Form — die juristische Persönlichkeit — erhält die Gemeinschaft erst durch den Staatsakt der Eintragung, der allerdings konstitutiv wirkt, aber trotzdem ebenso gut Bestandteil eines Vertrages sein kann, wie die Eintragung im Grundbuch Bestandteil des dinglichen Vertrages ist.

Auch der von Binding und Triepel aufgestellte Rechtsbegriff der „Vereinbarung" fällt, wenn man den Begriff des Vertrages

[1] Ueber den Dualismus von körperschaftlichen und gesellschaftlichem Prinzip bei den handelsrechtlichen Gesellschaften vergl. Haff in der Festgabe der juristischen Fakultäten 2. Bd. S. 183. Vergl. hiezu weiter Schönfeld in „Jherings Jahrbücher" 2. Folge 39. Bd. S. 333 ff.

[2] zu vergl. Enneccerus Lehrbuch des allgemeinen Teils § 96 IV.

[3] vergl. oben S. 2.

[4] vergl. Scharffenberg S. 14.

[5] Insofern liegt zweifellos ein juristischer Unterschied zwischen Aktienzeichnung und Aktienübernahme vor. Dies wird meist verkannt, so von Lehmann „Recht der Aktiengesellschaft I" S. 344 ff., Moos, Tüb. Diss. 1911, S. 59.

richtig erfasst, in sich zusammen.[1] Mit dieser Feststellung befinden wir uns, wenigstens, was das bürgerliche Recht betrifft, auch mit Walz[2] in Uebereinstimmung. Walz will allerdings die Vereinbarung in sehr eingeschränkter Weise im öffentlichen innerstaatlichen Recht anerkennen und zwar als Rechtsquelle neben Gesetz, Gewohnheit und Autonomie, da er dem Vertrag die Fähigkeit abspricht, objektives Recht zu erzeugen. Ob diese Begriffsbildung einwandfrei ist, erscheint mir zweifelhaft. Wenn der Gesetzgeber bestimmten Rechtssubjekten, seien dies natürliche oder juristische Personen, überlässt, für bestimmte Personenkreise bindendes objektives Recht in sachlich beschränktem Umfang zu schaffen, so ist nicht ersichtlich, warum sich diese Schöpfung nicht auf dem Wege des Vertrages vollziehen sollte.[3] Liegt doch im Begriff des Vertrages nicht mehr beschlossen, als dass eine Mehrzahl von Rechtssubjekten, die in voller Gleichberechtigung zur Schaffung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes berufen sind, sich über dessen Inhalt einigen und durch diese Einigung eine neue juristische Tatsache schaffen.

Wenn ein Arbeitgeber mit einer Arbeitnehmerorganisation einen Tarifvertrag schliesst, in dem Lohn, Urlaub, Arbeitszeit, Kündigung und andere die Arbeitsverhältnisse im Betrieb betreffende Bestimmungen getroffen werden, so ist selbstverständlich, dass Bestandteil des Tarifvertrages nur wird, worüber sich die Parteien geeinigt haben. Diese Feststellung reicht aus und verlangt zugleich, diesen Vorgang dem Normenkomplex der §§ 145 ff. B.G.B. zu unterstellen und damit seine vertragliche Natur zu bejahen.[4] Das gleiche muss von der Betriebsvereinbarung gelten.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen können wir feststellen, dass es praktisch wertlos u n d d e s h a l b unzulässig ist, die Gündungsakte als Gesamtakte oder Vereinbarungen den Verträgen gegenüber zu stellen. Die Gründungsakte sind selbst Verträge[5].

---

[1] Vergl. bezüglich der Vereinbarung Heck S. 356 ff.

[2] S. 220.

[3] Zu vergl. hiezu Heck S. 359.

[4] So auch Hueck-Nipperdey S. 29 und 115 und die dort zitierten. Anderer Ansicht Kaskel (S. 12) und Walz (S. 225), die den Tarifvertrag als Vereinbarung bezeichnen. Kaskel sagt aber selbst (S. 16): „Jeder Tarifvertrag bedarf grundsätzlich einer Vereinbarung, d. h. einer freiwilligen rechtsgeschäftlichen Einigung mehrerer Parteien". Hueck-Nipperdey treffen wohl den Kern der Sache: „Die Kategorie der Vereinbarungen ist für das Tarifrecht in der Hauptsache wertlos, weil . . . . . und weil sich keine Regeln aufweisen lassen, nach denen die Vereinbarung rechtlich anders zu behandeln wäre als der Vertrag".

Ueber die Frage, ob der Tarifvertrag öffentlich rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, vergl. Hueck-Nipperdey S. 116.

[5] So Walz S. 210. v. Tuhr Bd. 1, S. 479. Enneccerus allgem. Teil § 99 II.: „Die Erklärungen der Vereinsgründer erfolgen keineswegs nebeneinander, sondern sind gegenseitig; jeder erklärt den Uebrigen, sich mit ihnen zu einem Verein zusammenzuschliessen, ganz ähnlich wie beim Gesellschaftsvertrag".

## 2. Kapitel:

# Der Beschluss.

### Beispiele.

Gehen wir auch hier von praktischen Beispielen aus:

1. Die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft beschliesst, den Gegenstand des Unternehmens zu ändern. Es liegt hier, wie auch § 275 H.G.B. ergibt, unzweifelhaft ein Beschluss vor, der zu seinem Zustandekommen der in § 275 H.G.B. festgesetzten Mehrheit bedarf.

2. Die Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts beschliessen, den im Gesellschaftvertrag gemäss § 705 B.G.B. festgesetzten gemeinsamen Zweck zu ändern. Da der Gesellschaftsvertrag, wie sich aus der Ueberschrift des siebten Abschnitts des zweiten Buches des bürgerlichen Gesetzbuches ergibt, zu den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen gehört, und da der gemeinsame Zweck notwendigere Inhalt des gesellschaftlichen Schuldverhältnisses ist, so muss diese Aenderung des gemeinsamen Zweckes, da in den §§ 705 ff. B.G.B. nichts abweichendes bestimmt ist, gemäss § 305 B.G.B. in Form eines Vertrages zwischen den Gesellschaftern erfolgen.

3. Die Mitgliederversammlung eines rechtsfähigen Vereines beschliesst

a) die Bestimmung der Satzung, dass der Austritt der Mitglieder mit sofortiger Wirkung erfolgen kann, dahin zu ändern, dass der Austritt erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist von einem Jahr wirksam wird.

b) den Zweck des Vereins dahin zu ändern, dass an Stelle der Pflege des Tennissportes die Pflege des Fussballsportes tritt.

In all diesen Beispielen handelt es sich sachlich um den gleichen Vorgang, nämlich um die Abänderung von Bestimmungen, die bisher für das die beteiligten Personen umspannende Rechtsverhältnis — oder sagen wir lieber, für die Gemeinschaft — massgebend waren. Dabei besteht weiter zwischen den Vorgängen in den Beispielen Ziffer 2 und Ziffer 3 b auch insofern Aehnlichkeit, als beidemal zur Bewirkung der Aenderung die Zustimmung — oder anders gesagt — die Uebereinstimmung aller Beteiligten erforderlich ist. Es muss deshalb geprüft werden, ob nicht diese beiden Vorgänge denselben Normen und zwar den Bestimmungen des B.G.B. über Rechtsgeschäfte und Verträge unterworfen werden müssen und deshalb auch der Vorgang unter Ziffer 3 b als echter Vertrag angesehen werden muss.

Andererseits steht ausser Zweifel, dass der Vorgang unter Ziffer 3 b — ebenso wie der unter Ziffer 3 a — als ein Beschluss anzusehen ist. In § 33 B.G.B. sind beide nebeneinandergestellt, nur dass

der Beschluss unter Ziffer 3a mit einer qualifizierten Mehrheit gefasst werden kann, während der Beschluss unter Ziffer 3 b der Einstimmigkeit bedarf.

Gesetzt den Fall, wir gelangen zu dem Ergebnis, dass der Beschluss unter Ziffer 3 b als echter Vertrag anzusehen ist, so würde damit feststehen, dass „Vertrag" und „Beschluss" auf jeden Fall nicht gegensätzliche Begriffe sind, dass sie vielmehr — bildlich gesprochen — im Verhältnis sich überschneidender Kreise zueinander stehen: Einerseits gibt es zweifellos Verträge, die nicht Beschlüsse sind, andererseits gibt es Beschlüsse die nicht als Verträge angesehen werden können (so der Mehrheitsbeschluss).

Bei der Lösung der Frage, worin die Eigenart des Beschlusses liegt, und in welchem Verhältnis er zum Rechtsgeschäft und zum Vertrag steht, soll wiederum so vorgegangen werden, dass geprüft wird, inwiefern die Normen des B.G.B. über Rechtsgeschäfte und Verträge auf Beschlüsse Anwendung finden können.

## a) Geschäftsfähigkeit und Richtung der Abstimmungserklärung.

Dass die Bestimmungen des B.G.B. über Geschäftsfähigkeit (§§ 104—115 B.G.B.) auf den Beschluss anwendbar sind, ist zweifellos, wird nirgends bestritten und soll deshals hier nicht im einzelnen ausgeführt werden.[1]

Setzen wir nun den Fall: In der Mitgliederversammlung eines Vereins, die von 50 Mitgliedern besucht ist, wird im Wege geheimer schriftlicher Abstimmung ein Beschluss gefasst, inhalts dessen der Mitgliedsbeitrag um 2.— RM. erhöht wird. Für den Beschluss stimmten 35 Mitglieder, fünf enthalten sich der Stimme und zehn sind dagegen. Der Vorstand, der die Versammlung leitet, sammelt die Stimmzettel und stellt das Ergebnis fest.

Wenn wir von der unbestrittenen[2] Tatsache ausgehen, dass die Stimmabgabe jedes Mitglieds eine Willenserklärung[3] darstellt, so ist zunächst die Frage, an wen die Willenserklärungen der einzelnen Mitglieder gerichtet werden. Bei schriftlicher Abstimmung mit Stimmzetteln offenbar an den Versammlungsleiter, den Vorstand. Vie aber, wenn ein solcher Versammlungsleiter gar nicht vorhanden ist? Z. B. die drei Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sind mit ihrem bisherigen Geschäftslokal unzufrieden; sie besprechen sich darüber und kommen mit zwei gegen eine Stimme überein, ein anderes Lokal zu suchen. Zweifellos liegt ein Beschluss vor (§ 119

[1] vergl. hiezu Rosenfeld S. 505. Ebenso v. Tuhr I. Bd. S. 516, der aber beschränkte Geschäftsfähigkeit für unschädlich erklärt. Es sei stillschweigende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters anzunehmen.

[2] vergl. Heck S. 332.

[3] Erfolgt die Abstimmung durch Handaufheben, so liegen Willenserklärungen durch konkludente Handlungen vor.

H.G.B.), ebenso zweifellos ist der Beschluss in einer Verhandlung ohne Leiter gefasst worden. Hier kann nur angenommen werden, dass die Willenserklärung jedes der drei Teilhaber an die beiden anderen gerichtet wird. Demnach liegt es nicht im Wesen des Beschlusses, dass die Willenserklärungen parallel an einen der Versammlungsteilnehmer gerichtet werden. Im Gegenteil ist theoretisch denkbar, dass auch in einer grösseren Versammlung ohne Versammlungsleiter ein Beschluss zustande kommt, indem jeder Teilnehmer aufsteht und seine Meinung sagt. Auch hier können dann Erklärungsempfänger nur alle anderen Versammlungsteilnehmer sein. Die Schwierigkeit aber, in einem solchen Fall zu erkennen, ob für den Beschluss die nötige Stimmenzahl abgegeben worden ist, mit a. W., ob er zustande gekommen ist, weiter die Notwendigkeit, jedem Teilnehmer, — notfalls mit Hilfe von Zwangsmitteln und Strafen — die ungestörte Meinungsäusserung in geordneter Reihenfolge zu gewährleisten und so die Verhandlung in geregelten Bahnen zu leiten, legen es nahe, die Verhandlung unter die Leitungsgewalt eines einzelnen Versammlungsteilnehmers zu stellen. Dieser muss als ermächtigt gelten, die Stimmabgabe der einzelnen Teilnehmer entgegen zu nehmen,[1] die Stimmen zu zählen und das Ergebnis festzustellen. Diese Feststellung hat allerdings nur deklaratorische Bedeutung[2], sodass die Anwesenheit der Versammlungsteilnehmer bei der Verkündung des Ergebnisses nicht mehr notwendig ist.[3]

Eine schriftliche Abstimmung mit Stimmzetteln wird meist dann stattfinden, wenn die Stimmabgabe des Einzelnen geheim bleiben soll. Diese geheime Abstimmung kommt einerseits dem Interesse des einzelnen Abstimmenden entgegen. Andererseits erscheint sie als Ausfluss der Tatsache, das bei Beschlussfassungen innerhalb einer grösseren Gemeinschaft die Frage, wie der einzelne abgestimmt hat, an Bedeutung zurücktritt gegenüber der Frage nach dem Gesamtergebnis. Es tritt hier ein kollektivistisches Element des Beschlusses in Erscheinung, das aber — wohl gemerkt — keineswegs für den Beschluss eigenartig ist, da es sich einerseits, wie wir oben

---

[1] Ebenso Heck S. 331. Bangert S. 13.

[2] So Heck S. 337. Weiter Bangert (S. 31): „Die Bekanntgabe des gefassten Beschlusses durch den Versammlungsleiter ist kein selbständiger konstitutiver Akt . . . . . die Proklamation des gefassten Beschlusses ist nur eine blosse Tatsachenfeststellung . . . . . “.

Wenn von einzelnen Autoren — so z. B. von Finke (S. 18) darauf hingewiesen wird, dass, im Falle der Beschluss einmal verkündet worden ist, starke schutzwürdige Erhaltungsinteressen vorhanden sind, da sich auf einem Beschluss gewöhnlich weitere Rechtshandlungen, z. B. des Vorstandes, aufzubauen pflegen, so bemerkt hiegegen Heck (S. 329) ganz richtig, dass diese Situationen im Individualverkehr genau so vorkommen können. Abgesehen davon frägt sich, ob nicht das entgegenstehende Interesse der Mehrheit, die gegen den Beschluss gestimmt hat, auch Schutz verdient.

[3] Auch noch vor Schluss der Abstimmung kann sich ein Teilnehmer entfernen, sobald er selbst abgestimmt hat. Er hat ja Empfangsvollmacht erteilt.

S. 29 gesehen haben,[1] auch bei Vereinsgründungen findet, andererseits bei Beschlussfassungen innerhalb kleinerer Gemeinschaften, etwa der Gesellschaft des B.G.B. oder der offenen Handelsgesellschaft fehlt.

Dass der Versammlungsleiter nicht weiss, von wem die einzelne Abstimmungserklärung herrührt, ändert nichts an der Tatsache, dass ihm als Empfangsbevollmächtigtem gegenüber — und zwar nur in dieser Eigenschaft — die Willenserklärungen der Teilnehmer abgegeben werden. An sich sind also auch beim Beschluss alle übrigen Teilnehmer Erklärungsempfänger[2]. Dass eine Mehrheit von Personen Empfänger einer Erklärung sein kann, zeigt der Gesellschaftsvertrag.

### b) Die Anfechtbarkeit der Abstimmungserklärung.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Anfechtungsnormen des B.G.B. auf Beschlüsse oder richtiger ausgedrückt — auf die Abstimmungserklärungen anwendbar sind. Zu dieser Frage ist in der Literatur verschiedentlich und zwar mit zum Teil abweichenden Ergebnissen Stellung genommen worden[3].

Heck hat die Mitgliederbeschlüsse einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts einer Untersuchung unterzogen dahin, ob die Abstimmungserklärungen der Mitglieder wegen Irrtums, Betrugs oder Zwangs (Drohung) angefochten werden können. Er gelangt zu dem Ergebnis (S. 328 ff.), dass die Abwägung der Interessen des Erklärenden einerseits und des Erklärungsempfängers andererseits, die in den Anfechtungsnormen zum Ausdruck kommt, die grundsätzliche Anwendbarkeit der Anfechtungsnormen auf die Abstimmungserklärungen nicht in Frage stellt. Nach Heck (S. 338) soll aber die Anwendung des § 119 B.G.B. selbst zum Ausschluss der Anfechtbarkeit wegen Irrtums führen in Fällen, in denen freie Sonderinteressen des Irrenden in Frage stehen. Diese sollen sich dem entgegenstehenden Interesse der Gesellschaft gegenüber nicht durchsetzen können.

Eine weitere Einschränkung vertritt Heck[4] im Falle des sogen. „Partialdolus": Die Anfechtung wegen arglistischer Täuschung soll ausgeschlossen sein, wenn nicht alle übrigen Teilnehmer getäuscht, die Täuschung gekannt oder diese mindestens gekannt haben müssen. Mir scheint diese Einschränkung zweifelhaft. Richtig ist auf jeden Fall, dass § 123 Abs. 2 auf die Fälle der Partialdolus nicht anwendbar ist. Ebenso ist Heck gegen Reichsgericht 62, 187 darin zuzustimmen, dass mit § 139 B.G.B. nichts anzufangen ist. Ob aber

[1] Der Verein ist wirksam gegründet, auch wenn die Erklärungen des einen oder anderen Gründers nichtig sind. Die Vereinsgründung ist kein gegenseitiger, synallagmatischer Vertrag. Insofern geht m. E. Scharffenberg (S. 15) zu weit.

[2] Die Erklärung des Abstimmenden ist, wie sich v. Tuhr 2. Bd. S. 234 ausdrückt, für sämtliche Beteiligte „bestimmt".

[3] Heck S. 320 ff. Weidler S. 34 ff. v. Tuhr 1. Bd. S. 516 ff. Kohler Lehrbuch 1. S. 337, Finke S. 17, Bangert S. 32, Ruth S. 482.

[4] S. 341. Vergl. hiezu weiter die Ausführungen von Bangert S. 38 ff.

die Abwägung der Interessen zur Erhaltung der Erklärung führen muss? Dem Willen des Gesetzgebers, der offensichtlich von der grundsätzlichen Anfechtbarkeit im Fall einer arglistigen Täuschung als Regel ausgegangen ist, scheint die gegenteilige Auffassung, die z. B. auch Weidler (S. 36) bezüglich Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften vertritt, eher zu entsprechen.[1]

Bedenklich scheint mir, dass Heck (S. 324) glaubt, durch Auslegung des Grundverhältnisses, des Gesellschaftsvertrages, zu Ergebnissen bezüglich des Umfanges des Anfechtungsrechts gelangen zu können. Sicher hat doch jeder Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages den Wunsch, dass zum Inhalt der demnächst zu fassenden Beschlüsse nur wird, was seinem unverfälschten inneren Willen entspricht. M. a. W., er wird auch den Motivirrtum — selbst, wenn keine Täuschung oder Drohung vorliegt — als Anfechtungsgrund anerkannt wissen wollen. Es ist deshalb wohl richtiger, nur auf das Moment der Interessenabwägung abzustellen.

Anders ist es mit der im Abschluss eines Gesellschaftsvertrages enthaltenen Unterwerfung unter Mehrheitsbeschlüsse. Jeder Gründer oder später Beitretende erklärt als seinen Willen, dass über bestimmte Gegenstände evtl. auch gegen seinen Willen ein für ihn bindender Tatbestand soll geschaffen werden können. Er gibt bewusst eigene Interessen zu Gunsten der Interessen der Mehrheit preis. Daraus ergibt sich für die Frage der Anfechtung folgendes: Hat der Gesellschafter, der anfechten will, mit der Mehrheit gestimmt, so wird durch seine Anfechtung die Gültigkeit des Beschlusses dann nicht berührt, wenn trotz Zuzählung seiner Stimme zur Opposition noch die notwendige Mehrheit für diesen erhalten bleibt. Dagegen hat derjenige, der mit der überstimmten Minderheit gestimmt hat, auch dann, wenn ein Anfechtungsgrund bezüglich seiner Abstimmungserklärung vorliegt, kein Interesse an einer Anfechtung, da in diesem Fall der gefasste Beschluss vermutlich seinem wirklichen Willen entspricht. Die Anfechtung kann also nur dann den Erfolg haben, einen Beschluss zu beseitigen, wenn die fragliche Abstimmungserklärung relevant war, — wie sich Heck S. 330 ausdrückt — d. h., wenn sie den Ausschlag gegeben hat.[2] Dies ist immer der Fall beim notwendig einstimmigen Beschluss. Es können demnach in den gesetzlichen Bestimmungen, die für bestimmte Beschlüsse eine bestimmte Mehrheit vorschreiben, Anhaltspunkte erblickt werden dafür, welchen Wert der Gesetzgeber dem Individual- und dem Gemeinschaftsinteresse in ihrem Verhältnis zueinander jeweils beimisst.[3] Oder, anders ausgedrückt, die Norm, die

[1] Vergl. hiezu auch das oben S. 33 ff. bezüglich des Partialdolus bei Vereinsgründungen gesagte.

[2] Ebenso Weidler S. 41, v. Tuhr 1. Bd. S. 517, der ebenfalls grundsätzlich die Anfechtbarkeit bejaht. Hueck S. 121, der aber das Anfechtungsrecht durch Anwendung der §§ 271 ff. H.G.B. beschränken will.

[3] Vergl. hiezu Heck S. 329 wo er gegen Kohler bemerkt: „Bei einstimmigem Beschluss soll eben das Einzelinteresse so stark geschützt werden".

für einen Beschluss die notwendige Mehrheit festsetzt, ist das Mittel, mit dem der Gesetzgeber einer Gemeinschaft die möglichst vollständige Verwirklichung ihrer Gemeinschaftszwecke zu sichern sucht. Das Einstimmigkeitsprinzip beim Verein würde diesem Ziel ebenso sehr im Wege stehen, wie eine Ueberspannung des Mehrheitsprinzips bei der Gesellschaft des B.G.B. Wie überhaupt bei der Ausgestaltung der einzelnen Gemeinschaften, so lässt der Gesetzgeber auch bezüglich der Festsetzung der Mehrheiten der Willkür der Beteiligten einen gewissen Spielraum offen[1] und stellt diesen damit anheim, in ihrer Gemeinschaft den ihnen zweckmässig erscheinenden Ausgleich zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteresse herzustellen.

Auch Bangert (S. 32 ff.), der die Beschlüsse der Mitgliederversammlung eines rechtsfähigen Vereines einer eingehenden Untersuchung unterzieht, gelangt zu dem Ergebnis, dass die Abstimmungserklärungen wegen Willensmängeln grundsätzlich anfechtbar sind.[2]

Zu abweichendem Ergebnis gelangen vor allem Finke[3], Kohler[4] und Ruth[5]. Auf die Ausführungen von Kohler und Ruth soll zweckmässigkeitshalber erst am Schluss dieses Kapitels eingegangen werden.[6]

Finke verneint die Anfechtbarkeit der Abstimmungserklärungen bei den Beschlüssen juristischer Personen. Zur Begründung bringt er vor:

1. Die lex parlamentaria muss gelten — Willensmängel sind nach Vollendung des Beschlusses unerheblich —.
2. Dem Einzelnen steht das vereinigte Interesse der Mitglieder gegenüber.
3. Das Kontinuitätsinteresse steht entgegen: Jeder Beschluss bildet den Ausgangspunkt für weitere Massregeln.[7].
4. Erledigungsinteresse.

Gegenüber diesen Argumenten muss auf die zutreffenden Ausführungen Heck's[8], dem Fincke bezüglich der Gesellschaft des B.G.B. und der O.H.G. zustimmt, verwiesen werden.

Die Anwendung der Anfechtungsnormen des B.G.B. auf Abstimmungserklärungen ist also m. E. grundsätzlich zu bejahen. Da-

---

[1] Vergl. z. B. § 709 Abs. 2 B.G.B.

[2] Ebenso Weidler (S. 34 ff.) bezügl. der Generalversammlungsbeschlüsse bei Aktiengesellschaften. Hueck S. 120 ff. Die Gedankengänge dieser Schriftsteller, die sich in den wesentlichen Punkten eng an Heck anschliessen, im Einzelnen zu verfolgen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

[3] S. 17.

[4] Lehrbuch I, S. 337.

[5] S. 482. Ruth rechnet nur die Beschlüsse juristischer Personen zu den Gesamtwillensakten.

[6] Vergl. unten S. 72 ff.

[7] Vergl. hiezu das oben S. 60 Anm. 2 ausgeführte.

[8] S. 329 und S. 324 (betreffend lex parlamentaria).

bei ist, wie zur Entgegennahme der Abstimmungserklärung, so auch zum Empfang der Anfechtungserklärung der Leiter der Versammlung, gegebenenfalls der Vorstand bezw. Geschäftsführer als ermächtigt anzusehen.[1] In anderen Fällen ist die Anfechtung gemäss § 143 B.G.B. an alle anderen Teilnehmer am Beschluss zu erklären.[2]

### c) Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B.

Gehen wir auch hier von praktischen Beispielen aus:

1. Die Mitgliederversammlung eines Fussballvereines beschliesst mit Stimmenmehrheit, die Satzung dahin zu ändern, dass in Zukunft die Pflege des Schwimmens Zweck des Vereins sein soll.

2. Die Mitgliederversammlung eines anderen Fussballvereines fasst mit Stimmenmehrheit den gleichen Beschluss.

3. Die gleiche Mitgliederversammlung beschliesst mit der in der Satzung vorgeschriebenen Dreiviertelmehrheit die Aufnahme des X. als neues Mitglied. Dabei hat X. gar nicht um seine Aufnahme gebeten.

Wenn wir nun unterstellen, dass im Fall Ziffer 1 die Vereinssatzung keine von § 33 Abs. 1, Satz 2 B.G.B. abweichende Bestimmung über Mehrheitsbeschlüsse enthält, dass dagegen im Fall Ziffer 2 die Vereinssatzung gemäss § 40 B.G.B. bestimmt, dass auch der Zweck des Vereins durch einfachen Mehrheitsbeschluss geändert werden kann,[3] so ist im Fall Ziffer 1 kein wirksamer Beschluss zustande gekommen. Es hätte hiezu der Zustimmung aller Mitglieder bedurft. Im Fall Ziffer 2 dagegen ist der Beschluss wirksam. Die Parallele, die diese verschiedenen Ergebnisse in die richtige Beleuchtung rückt, können wir in folgenden zwei Beispielen erblicken:

a) A. erteilt dem C. Vollmacht, sein (des A.) Pferd für einen Preis nicht unter RM. 100.— an einen Dritten zu verkaufen.

b) B. erteilt dem C. Vollmacht, sein (des B.) Pferd zu einem beliebigen Preis zu verkaufen.

C. verkauft beide Pferde um je RM. 50.—. B. ist aus dem Kaufvertrag verpflichtet, A. dagegen nicht. Der Grund liegt darin, dass B. dem C. durch seine weitergehende Vollmacht einen stärkeren Einfluss in seine Rechtssphäre gestattet hat wie A. Bei B. hält sich der Eingriff, der in beiden Fällen gleich stark ist, im Rahmen der Gestattung, bei A. geht er darüber hinaus und ist deshalb wirkungslos. Genau so verhalten sich die beiden Vereinsbeschlüsse, die beide denselben Inhalt haben. Im Fall Ziffer 2 haben die Gründer und die später als Mitglieder Beitretenden durch ihren Beitritt eine weitergehende „Vollmacht" — wie wir uns ausdrücken wollen — erklärt

[1] Weidler S. 40.
[2] Heck S. 332 und Bangert S. 44.
[3] Vergl. Staudinger 1b zu § 33. v. Tuhr 1. Bd., S. 500—501.

als im Fall Ziffer 1. Die vorherzusehende Folge ist im Fall Ziffer 2 ein stärkerer (wirksamer!) Eingriff als im Fall Ziffer 1.

Der Unterschied zwischen den beiden Beispielen Ziffer 1 und a) besteht nun aber darin, dass im Fall a) ein zwar zunächst unwirksames, noch der Ergänzung durch die Genehmigung des A. bedürfendes und fähiges Rechtsgeschäft, im Fall Ziffer 1 überhaupt nichts zustande gekommen ist. Wenn im letzteren Fall der Vorsitzende den Beschluss verkündet hat, so ändert dies nichts an dieser Tatsache, da diese Verkündung nur deklaratorisch[1] wirkt. So wenig bei einem Vertrag, bei dem sich die Parteien nicht gemäss § 154 BGB. über seinen Inhalt geeinigt haben, die Frage, ob er gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, aufgeworfen werden kann, ebensowenig kann bei einem Beschluss, der nicht die Zustimmung der nötigen Mehrheit gefunden hat, die Anwendung des § 134 BGB. in Frage kommen. Ein solcher ist vielmehr nur nach § 154 BGB. zu beurteilen; m. a. W. nichtig gemäss § 134 BGB. kann nur ein ordnungsmässig zustandegekommenes Rechtsgeschäft sein. In Fällen, in denen die Einigung nach § 154 B.G.B. nicht zustande gekommen ist, fehlt es an dieser Voraussetzung[2].

Anders in unserem Fall Ziffer 3. Hier hat sich die nötige Zahl der Mitglieder geeinigt. Ein Rechtsgeschäft ist geschlossen. Seiner Wirksamkeit steht aber § 134 B.G.B. entgegen. X wird durch den Beschluss nicht Mitglied. Hätte er vorher ein Aufnahmegesuch an den Verein gerichtet, so hätte darin die Ermächtigung gelegen, in seine Rechtssphäre einzugreifen mit dem Ergebnis seiner Eingliederung in den Verein durch den Aufnahmebeschluss. Keine Frage ist aber, dass X. zu dem Aufnahmebeschluss nachträglich seine Zustimmung erteilen und damit seine Mitgliedschaft herbeiführen kann[3]. Der vorhergegangene Beschluss der Mitgliederversammlung kann also nicht nichtig sein — wie könnte er sonst durch die Zustimmung des X. wirksam werden —; er ist vielmehr nur schwebend unwirksam. Dem steht § 134 B.G.B. nicht entgegen, da dieser Paragraph ja nur gelten will, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Alle die Fälle, in denen Rechtsgeschäfte, zunächst unwirksam, einer Heilung durch eine ergänzende Willenserklärung fähig sind, so der Vertragsschluss durch den falsus procurator, die Verfügung eines Nichtberechtigten und ähnl. sind im Sinne des § 134 B.G.B. als Ausnahmen zu betrachten.

Die schwebende Unwirksamkeit im Fall Ziffer 3 setzt allerdings voraus, dass die Mitgliederversammlung zuständig ist, über

[1] Vergl. hiezu die Ausführungen oben S. 60.

[2] Folgerichtig ist die Anwendung auch des § 271 H.G.B. auf Generalversammlungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft, die nicht mit der nötigen Mehrheit gefasst sind, abzulehnen. Im Ergebnis übereinstimmend Staub-Pinner Anm. 15 zu § 273 H.G.B., Horrwitz „das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften" S. 120,228. Hachenburg Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz Anm. 15a zu § 45. Anderer Ansicht R.G. 75,239 und Hueck S. 85,104.

[3] Ebenso im Ergebnis Ruth S. 491.

die Neuaufnahme von Mitgliedern zu beschliessen. Meist wird hiezu nur der Vorstand berechtigt sein. In diesem Fall kann man allerdings zweifeln, ob nicht trotzdem ein Beschluss der Mitgliederversammlung dieses Inhalts doch nur schwebend unwirksam und durch die Erklärung des X. heilbar ist, da die Mitgliederversammlung als oberstes, dem Vorstand übergeordnetes Organ (§ 27 Abs. 1 B.G.B.!) des Vereins angesehen und deshalb ihr Vorgehen als wirksam betrachtet werden kann, auch wenn es einen Eingriff in die Zuständigkeit des Vorstandes darstellt.

Ganz klar ist die Entscheidung im umgekehrten Fall: Der Vorstand beschliesst einstimmig die Auflösung des Vereins. Da die Auflösung nach der zwingenden Vorschrift des § 41 B.G.B. nur durch Beschluss der Mitgliederversammlung erfolgen kann, ist der Beschluss des Vorstandes ohne jede Wirkung; und zwar ist er von Anfang an nichtig nach § 134 B.G.B. — er verstösst gegen § 41 B.G.B. —, da eine Heilung durch eine ergänzende Willenserklärung nicht in Frage kommt: Die Mitgliederversammlung muss die Auflösung mit der erforderlichen Mehrheit beschliessen und dieser Beschluss genügt.

Ein anderer Fall: In der Satzung eines Vereins stehen folgende Bestimmungen:

1. Der Mitgliedsbeitrag beträgt für alle Mitglieder RM. 20.— für das Jahr. Zu weitergehenden Leistungen sind die Mitglieder nicht verpflichtet.
2. Satzungsänderungen bedürfen der Zustimmung aller Mitglieder (eine derartige Bestimmung lässt das Gesetz nach § 33 in Verbindung mit § 40 B.G.B. zu) [1].

Die Mitgliederversammlung beschliesst nun mit Dreiviertelmehrheit, dass alle Mitglieder zur finanziellen Sanierung des Vereins einen einmaligen besonderen Beitrag in Höhe von RM. 10.— zu leisten haben. Der Beschluss verstösst gegen die Satzung. Ist er deswegen nichtig? § 134 B.G.B. kann keine Anwendung finden, da die Satzung nach herrschender Lehre[2] nicht objektives Recht, sondern lediglich eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung darstellt. Es greift aber § 154 B.G.B. ein. Der Beschluss ist zwar nicht satzungsändernd im strengen Sinn. Es wird durch ihn keine Bestimmung der Satzung geändert, vielmehr bedeutet der Beschluss nur ein Sich-über-die-Satzung-hinwegsetzen in einem Einzelfall. Trotzdem geht eine allgemein anerkannte, nur vereinzelt bestrittene Praxis der Korporationen dahin, dass auf solche Beschlüsse ebenfalls § 33 B.G.B. (entspr. § 274 H.G.B.) Anwendung findet, d. h. sie sind gültig, wenn sie mit der für Satzungsänderungen vorgeschriebenen

[1] Vergl. Staudinger 1b zu § 33 B.G.B.

[2] Vergl. Lehmann Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts § 59 III 1e. v. Tuhr 2. Bd. erste Hälfte, S. 237 bezeichnet die Satzung als ein abstrakt normiertes Rechtsverhältnis. Enneccerus § 109 III: „Die Satzung bedeutet für den Verein das gleiche wie für die Gesellschaft der Gesellschaftsvertrag.

Mehrheit zustande gekommen sind[1]. Diese Praxis, die von v. Tuhr[2], Staudinger[3], Bangert[4], und R.G.R. Kommentar[5] für ungesetzlich gehalten wird, lässt sich sehr wohl mit der Erwägung rechtfertigen, dass ein Beschluss, der sich nur in einem Einzelfall über eine Satzungsbestimmung hinwegsetzt, gegenüber einem Beschluss, der die Satzung selbst ändert, ein minus darstellt und deshalb auch gültig sein muss, wenn ihm die Mehrheit zustimmt, mit der die Satzung selbst geändert werden könnte. Ausserdem pflegt es sich in vielen Fällen als zweckmässig, wenn nicht notwendig zu erweisen, sich in einem Einzelfall über eine Satzungsbestimmung, deren grundsätzliche Geltung nach wie vor bejaht wird, hinwegzusetzen. Da in unserem Beispiel für Satzungsänderungen ein einstimmiger Beschluss vorgeschrieben ist, ist der Beschluss, da ihm nur eine Mehrheit zugestimmt hat, nach dem oben S. 65 für anwendbar erklärten Prinzip des § 154 B.G.B. überhaupt nicht zustande gekommen. Eine Prüfung, ob er gegen § 134 B.G.B. verstösst, kann überhaupt nicht in Frage kommen.

Das Anwendungsgebiet des § 134 B.G.B. wird bei Vereinsbeschlüssen weiterhin eingeschränkt durch § 71 B.G.B. Angenommen, die Mitgliederversammlung beschliesst mit der erforderlichen Mehrheit eine Satzungsänderung dahin, dass der Austritt von Mitgliedern erst nach dem Ablauf einer Kündigungsfrist von 3 Jahren wirksam wird. Der Beschluss kann gemäss § 71 B.G.B. überhaupt erst wirksam werden durch Eintragung ins Vereinsregister. Die Eintragung wird aber nicht erfolgen, da der Beschluss der zwingenden Norm des § 39 Abs. 2 B.G.B. zuwiderläuft. Es liegt hier dieselbe Erscheinung vor wie bei den Gründungsakten, bei denen der Staat seine zur Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes notwendige Mitwirkung nur gewährt, wenn festgestellt ist, dass das Rechtsgeschäft nicht mit den Gesetzen in Widerspruch steht.[6]

Zu der Frage, ob § 138 B.G.B. auf Beschlüsse anwendbar ist, hatte die Praxis schon öfters Stellung zu nehmen. Vor allem hinsichtlich der Frage, ob Generalversammlungsbeschlüsse einer A.-G. wegen Verstosses gegen § 138 B.G.B. nichtig sind, liegt eine umfangreiche Rechtsprechung des Reichsgerichts vor. Auf die einzelnen Entscheidungen einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten[7]. Es genügt hier festzustellen, dass das Reichsgericht die Frage, ob Generalversammlungsbeschlüsse sittenwidrig und aus diesem Grund nichtig sein können, grundsätzlich bejaht[8] und nur

---

[1] Vergl. hiezu auch die Bemerkungen von Horrwitz in Jur. W. 1930 S. 1353 über die Praxis des Deutschen Reichstags.
[2] Band 1. S. 513.
[3] Band 1, § 32 IV. 1.
[4] S. 21.
[5] 1 zu § 33.
[6] Vergl. hiezu die Ausführungen oben S. 47 ff.
[7] Eine gute Uebersicht gibt Horrwitz in Jur. W. 1930 S. 2637 ff.
[8] Ebenso Staub-Pinner 2. Bd. Anm. 3 zu § 271 H.G.B.

bezüglich der Momente, die bei einem solchen Beschluss die Sittenwidrigkeit begründen, schwankt. Horrwitz[1] fasst den gegenwärtigen Standpunkt des Reichsgerichts dahin zusammen, dass der Generalversammlungsbeschluss sittenwidrig ist, „wenn die Mehrheit einseitig eigensüchtige Zwecke auf Kosten der Gesellschaft verfolgt oder auf Kosten der Minderheit, ohne dass dies durch die Rücksicht auf das Wohl der Gesellschaft geboten wäre."

Viel Kopfzerbrechen hat der Rechtslehre und Rechtsprechung das Verhältnis verursacht, in das § 271 H.G.B. zu den §§ 134, 138 B.G.B. zu setzen ist. § 271 H.G.B. bestimmt, dass Generalversammlungsbeschlüsse wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages im Wege der Klage angefochten werden können und zwar binnen eines Monats. In den folgenden Paragraphen wird dieser Anfechtungsprozess im einzelnen normiert. Findet § 271 H.G.B. auf alle gesetzwidrigen G.V.-Beschlüsse Anwendung, oder gibt es Fälle, in denen trotz § 271 H.G.B. die zeitlich unbeschränkte Nichtigkeitsklage zulässig ist[2]? Die Frage kann hier auf sich beruhen.[3]

Bestritten ist, ob §§ 271 ff. H.G.B. auch auf Vereine des B.G.B. wenigstens analoge Anwendung finden kann. Bangert[4] lehnt dies ab. Bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes sei der Beschluss von vorn herein nichtig. v. Tuhr weist aber demgegenüber in D.I.Z. 1901 S .447 gegen Crome mit Recht darauf hin, dass die Anwendung einem unabweisbaren Bedürfnis entspricht. Es genügt nicht, dass der Beschluss nichtig ist. Jedes Mitglied kann ein Interesse daran haben, dass die Nichtigkeit festgetellt wird. Rosenfeld[5] erklärt die Anwendung für selbstverständlich. Er weist auf die Protokolle über die Verhandlungen zum B.G.B. (Prot. Bd. 1, S. 537) und auf die Motive zum B.G.B. hin. Bestritten ist unter den Befürwortern der analogen Anwendung, ob dann eine Anfechtungsklage oder eine reine Feststellungsklage vorliegt (vergl.hiezu Rosenfeld S. 74 ff.). Das Reichsgericht führt in Jur. W. 1928, 624 aus, dass auch bei G.V.-Beschlüssen in gewissen Fällen neben der An-

---

[1] Jur. W. 1930. S. 2638.

[2] So Reichsgericht in Jur. W. 1928, S. 624.

[3] Zu vergleichen Eiser „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der eingetragenen Genossenschaft" in den gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen. Hueck „die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von G.V.-Beschlüssen bei Aktiengesellschaften". Staub-Pinner Anm. 15 zu § 273 und Anm. 19,20 zu § 273. R.G. 118, 218; 115, 382; 120,28 ff., 365. Horrwitz in Jur. W. 1930, S. 1353, der auch die Frage der Vereinbarkeit von § 271 H.G.B. mit Artikel 152 I 2 der Weimarer Reichsverfassung untersucht. Sicher scheint mir, dass § 271 H.G.B. nicht auf Beschlüsse anwendbar ist, die nicht mit der nötigen Stimmenmehrheit gefasst worden sind. In diesen Fällen ist, wie oben S. 64 ausgeführt wurde, gemäss dem Grundsatz von § 154 B.G.B. überhaupt kein juristischer Tatbestand — wir wollen ihn einmal Rechtsgeschäft nennen — geschaffen worden. Die Frage, ob dieser Tatbestand gegen das Gesetz verstösst, kann also gar nicht auftauchen.

[4] S. 23 ff.

[5] S. 62 ff.

fechtungsklage die reine Feststellungsklage zulässig ist (ebenso Staudinger Bd. 1 XI. zu § 32).

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen können wir feststellen, dass die Normen des B.G.B. über Rechtsgeschäfte auf Beschlüssen Anwendung finden. Aus diesem Grund ist es geboten, den Beschluss unter die Rechtsgeschäfte einzureihen. Die neue juristische Tatsache, die durch das Rechtsgeschäft Kraft des darauf gerichteten Willens einer (Vollmacht!) oder mehrerer Personen geschaffen wird, ist beim Beschluss darin zu sehen, dass ein Wille einer Gemeinschaft geschaffen wird, der für ihre Mitglieder bindend ist und nur durch einen neuen Beschluss — contrarius actus — aufgehoben werden kann, ebenso wie ein Vertrag, wenn er einmal wirksam abgeschlossen worden ist, grundsätzlich — Ausnahmen: §§ 397, 325, 346 ff., 2290 B.G.B. — nur von sämtlichen beim Abschluss beteiligten aufgehoben werden kann[1]. Wenn durch Beschluss der Mitgliederversammlung der Vereinsbeitrag erhöht wird, so ist jedes Mitglied verpflichtet, den erhöhten Beitrag zu leisten, bis der Beschluss durch einen neuen Beschluss wieder aufgehoben wird, nicht anders,, wie bei einem Kaufvertrag beide Parteien ihre Verpflichtungen erfüllen müssen, bis er durch contrarius actus wieder aufgehoben ist.

Darüber ob der Beschluss zu den Rechtsgeschäften zu rechnen sei, gehen die Ansichten in der Literatur auseinander[2]. Horrwitz bemerkt in Jur. W. 1930 S. 1353, die herrschende Lehre gehe bezügl. der G.V.-Beschlüsse dahin, dass diese „ein Rechtsgeschäft enthalten können". Horrwitz meint nun, auf jeden Fall seien die G.V.-Beschlüsse als Rechtsgeschäfte anzusehen, „mit denen die G.V. nicht nur als Innenorgan, sondern als rechtliche Vertreterin der Gesellschaft nach aussen hin eine Willenserklärung abgibt, so bei Bestellungsverträgen mit Mitgliedern des Vorstandes, bei der Entlassung und dem Widerruf der Bestellung, beim Entlastungs- und dem Dividendenverteilungsbeschluss". Diese scheinbar entgegenkommende Auffassung ist in Wahrheit geeignet, das Problem in gefährlicher Weise zu verdunkeln. Zweck der vorstehenden Ausführungen war, nachzuweisen, dass schon in dem Zusammenfliessen der einzelnen Abstimmungserklärungen an sich, das für jeden Beschluss charakteristisch ist, ein Rechtsgeschäft zu erblicken ist.

---

[1] Bangert S. 6 weist mit Recht darauf hin, dass die Rechtswirkung des Beschlusses von der Rechtsordnung durch die Normen der §§ 32,709 B.G.B., 115,250 H.G.B. unmittelbar anerkannt werden. Vergl. hiezu weiter Weidler S. 2 ff.

[2] Bejahend v. Tuhr 2. Bd. S. 234, Heck S. 349 bezügl. Gesellschafterbeschlüssen (vergl. weiter Heck S. 351) R.G.R. Kommentar 3 zu § 32 bezügl. des Beschlusses der Mitgliederversammlung eines Vereins.

Verneinend Kohler § 239. Er unterscheidet bei den Beschlüssen solche, die Rechtsgeschäfte sind, und solche die „abhängige Rechtshandlungen" sind (vergl. oben S. 5 ff). Gegen Kohler Heck S. 353.

Gierke „Deutsches Privatrecht" § 33 Note 2. Oertmann Vorbem. Ia vor § 145 B.G.B. Gleitsmann im Verwaltungsarchiv X, 1902 S. 395 ff. erblickt im Beschluss lediglich eine Kumulation einseitiger Rechtsgeschäfte.

Wenn die Generalversammlung mit dem Vorstand den Bestellungsvertrag abschliesst, so liegen nach unserer Auffassung streng genommen z w e i Rechtsgeschäfte vor:

1. Ein sozialrechtliches Rechtsgeschäft — um mit Gierke zu sprechen —: Die Generalversammlung beschliesst, mit X. einen Dienstvertrag abzuschliessen.

2. Ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft: Abschluss des Dienstvertrages mit X. Diese beiden Vorgänge sind, auch wenn sie scheinbar in einem Akt erfolgen, ebenso streng auseinanderzuhalten, wie der Entschluss des A. mit B. einen Vertrag abzuschliessen, und der Abschluss des Vertrages selbst. Der „Entschluss" — bei der natürlichen Person ein psychologisches Phänomen — muss bei der juristischen Person durch einen juristischen Vorgang, ein Rechtsgeschäft, den Beschluss erfolgen.

### d) Verhältnis zwischen Beschluss und Vertrag.

Wir haben oben Seite 54 anlässlich der Untersuchung der Gründungsakte aus den Normen der §§ 145 ff. B.G.B. den Begriff des Vertrages zu gewinnen gesucht und diesen als ein Rechtsinstitut gekennzeichnet, bestimmt, das Postulat der Gleichberechtigung der Rechtssubjekte im Privatrecht — Parallele im öffentlichen Recht: Gleichberechtigung der Staaten im Völkerrecht — zu verwirklichen. Wir sind deshalb zu dem Ergebnis gelangt, dass ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand, der einen Eingriff in die Rechtssphären verschiedener Rechtssubjekte enthält, nur so zustandekommen kann, dass alle Beteiligten gleichberechtigt mitwirken und dass deshalb in einem solchen Fall ein Vertragsschluss zwischen den Beteiligten notwendig ist. Setzen wir nun den Fall: Die Satzung eines Vereines sieht vor, dass der Mitgliedsbeitrag durch Mehrheitsbeschluss der Mitgliederversammlung festgesetzt wird. Die Mitgliederversammlung beschliesst demgemäss mit 40 gegen 20 Stimmen die Erhöhung des Beitrages von 20.— RM. auf 30.— RM. Keine Frage, dass der Beschluss in die Rechtssphäre aller Mitglieder eingreift, denn sie sind kraft des Beschlusses verpflichtet, von jetzt an 10.— RM. mehr zu zahlen wie bisher. Also hätten eigentlich nach dem eben gesagten a l l e Mitglieder dem Beschluss zustimmen müssen, damit dieser wirksam werden konnte. Hier ist nun aber an das oben S. 62 gesagte anzuknüpfen. Wer einem Verein beitritt und damit dessen Satzung als für ihn verbindlich anerkennt, gibt damit von vornherein seine Zustimmung dazu, dass auch gegen seinen Willen Eingriffe in seine Rechtssphäre durch für ihn verbindliche Mehrheitsbeschlüsse erfolgen, sofern diese sich nur im Rahmen der Satzung halten und mit der dort vorgeschriebenen Stimmenmehrheit gefasst worden sind. Die Norm des § 154 B.G.B., die einen Vertrag nur wirksam zustandekommen lässt, wenn sich alle an seinem Abschluss Beteiligten einigen, findet also

auf den Mehrheitsbeschluss keine Anwendung[1]. Deshalb — und nur aus diesem Grund — kann der Mehrheitsbeschluss nicht als Vertrag angesehen werden[2].

Die Eigenart des Mehrheitsbeschlusses liegt nach dem eben gesagten darin, dass er von einer anderen juristischen Tatsache abhängig ist[3]. Diese kann ein durch Vertrag begründetes Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten sein (so die Gesellschaft, die Genossenschaft, die G.m.b.H., der Verein). Daneben stehen Fälle einer Gemeinschaft, die kraft Gesetzes, ohne den hierauf gerichteten Willen der Beteiligten besteht. Hier ist an Miteigentümer (§ 745 Abs. 1 B.G.B.) oder an Miterben (§ 2038 Abs. 2) zu denken. Die Wirksamkeit eines Mehrheitsbeschlusses kann auch unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift begründet werden. Hier ist an die Vergleichsordnung zu denken, die die Möglichkeit eröffnet, dass einem Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gläubiger seine Forderung gegen den Schuldner z. Teil entzogen wird. (§§ 63, 73 der Vergleichsordnung). Von einer Gemeinschaft der Gläubiger kann man hier nicht sprechen, höchstens in dem Sinne, dass eben durch die an-

---

[1] Wenn Bangert (S. 8) den Unterschied zwischen Vertrag und Beschluss darin erblickt, dass letzterer keine Einigung, sondern ein Einigungssurrogat darstellt, da der Ansichtenkonflikt nicht gelöst werde durch ein Zurückweichen der gegeneinanderstehenden Interessen auf eine Mittellinie, vielmehr infolge des Mehrheitsprinzips durch den Vorzug der meist vertretenen Ansicht, so ist hiemit der Unterschied nicht genügend scharf herausgearbeitet. Auch beim Mehrheitsbeschluss findet ein Zurückweichen gegeneinanderstehender Interessen statt. Die Mehrheit, die sich schliesslich für einen Antrag ausspricht und diesen „zum Beschluss erhebt", ist sich nicht a priori einig, sondern pflegt ihrerseits das Ergebnis von sich gegenseitig ausgleichenden Interessen zu sein. Der Unterschied liegt nur darin, dass beim Mehrheitsbeschluss die Einigungsverhandlungen in einem früheren Zeitpunkt abgebrochen werden können, wie beim Vertrag, sobald nämlich die erforderliche Mehrheit sich einig geworden ist.

[2] Vergl. v. Tuhr 2. Bd. S. 232: „Keine Verträge sind die Beschlüsse. Es fehlt ihnen der Konsens, das charakteristische Merkmal des Vertrags." Wenn v. Tuhr aber (1. Bd. S. 514) weitere Unterscheidungsmerkmale zwischen Vertrag und Beschluss darin erblickt, dass die Abstimmungserklärungen beim Beschluss parallel an den Versammlungsleiter gerichtet werden und weiter bei der geheimen Abstimmung der Inhalt der Abstimmungserklärung des einzelnen Teilnehmers nicht zur Kenntnis der anderen kommt, so ist dagegen zu sagen, dass die Abgabe der Erklärungen an den Versammlungsleiter, wie oben S. 60 ausgeführt wurde, gar nicht zum Wesen des Beschlusses gehört, da jener nur als gemeinsamer Empfangsbevollmächtigter angesehen werden kann. Ebensowenig ist das Geheimbleiben der Abstimmungserklärungen, das mit dieser Empfangsvollmacht in engstem Zusammenhang steht — da diese gleichzeitig einen Verzicht auf eigene Kenntnisnahme bedeutet — für den Beschluss begriffswesentlich.

[3] Die Abhängigkeit als Wesensmerkmal des Mehrheitsbeschlusses betonen Heck S. 232. Er spricht von „Grundrelation" (ebenso Weidler S. 9). v. Tuhr 2. Bd. S. 232: „Der Mehrheitsbeschluss ist Ausübung einer Herrschaft beruhend auf einem Grundverhältnis". Kohler scheidet aus diesem Grund den Beschluss aus dem Kreis der Rechtsgeschäfte aus und spricht von „abhängigen Rechtshandlungen". Dass diese Abscheidung unnötig ist, wollte durch die vorhergegangenen Ausführungen dargetan werden.

geführten Bestimmungen der Vergleichsordnung in gewisser Hinsicht eine Gemeinschaft sämtlicher Gläubiger eines und desselben Schuldners begründet wird.

Der notwendig einstimmige Beschluss kann in zwei Formen vorkommen: Entweder müssen alle, die von dem Beschluss überhaupt betroffen werden, zustimmen, so z. B. im Fall des § 33 Abs. 1, Satz 2 B.G.B. Oder müssen wenigstens alle, die in einer Versammlung erschienen sind und sich an der Abstimmung beteiligten, zustimmen. Auch im zweiten Fall liegt eine Einigung aller sich an der Beschlussfassung, — also am Abschluss des Rechtsgeschäfts — Beteiligenden vor. Es gilt § 154 B.G.B. Der einstimmige Beschluss ist deshalb als Vertrag anzusprechen[1]. Was oben S. 59 bereits angedeutet wurde, erweist sich als Tatsache: Es gibt Beschlüsse, die Verträge sind und solche, die es nicht sind (Mehrheitsbeschlüsse). Es gibt Verträge, die Beschlüsse sind, und solche, die es nicht sind. Die Begriffe überkreuzen sich tatsächlich.

### e) Die Theorie Kohlers und Ruths.

Kohler[2] hält die Beschlüsse einer juristischen Person und die in einer Versammlung gefassten Beschlüsse für unanfechtbar. Anstatt eine Begründung zu geben, gebraucht Kohler ein Bild: „Die Rechtshandlung geht in dem Gesamtbeschluss auf".

In ähnlicher Richtung geht Ruth[3]. Er lehnt die Anfechtbarkeit der Abstimmungserklärungen bei Beschlüssen juristischer Personen ab. Er erblickt den massgebenden Gesichtspunkt „in der Eigenart der von den Beteiligten abgegebenen Willenserklärungen. In dem einheitlichen, nach aussen hin zum Ausdruck kommenden Gesamtwillen gehen die Einzelerklärungen der Beteiligten unter, werden sie absorbiert". Weiter S. 525: „ . . . der Gesamtwille, wenn er nach aussen zum Ausdruck gekommen ist, lässt sich nicht mehr in seine Bestandteile zerlegen und auf die Bestandteile hin analysieren . . . die inneren Willensvorgänge derselben sind ganz gleichgültig, sobald sich ein Gesamtwille gebildet hat . . . der Gesamtwille ist abstrahiert von den Einzelerklärungen".

Die Beweisführung Ruth's, die sich eng an Kohler anschliesst, scheint mir einen Fehlschluss zu enthalten, der darauf beruht, dass Ruth die Beschlussfassung als solche und den Beschluss als Ergebnis der Beschlussfassung nicht scharf auseinanderhält. Die Beschlussfassung ist, wie die bisherigen Ausführungen ergeben haben, ein Rechtsgeschäft, das sich aus den zusammentreffenden Willenser-

[1] Ebenso Heck und v. Tuhr: v. Tuhr 2. Bd. S. 236: „ist Zustimmung aller vorhandenen Beteiligten erforderlich, so liegt unter dem Namen und in den Formen eines Beschlusses ein Rechtsgeschäft vor, das dem Vertragstypus angehört". Aehnlich Heck S. 351: „Die notwendig einstimmigen Beschlüsse sind gesellschaftliche Verträge".

[2] Lehrbuch S. 337.

[3] S. 524.

klärungen der Abstimmenden zusammensetzt. Dabei ist die Abstimmungserklärung das Mittel, mit dem jeder Teilhaber der Gemeinschaft seine Interessen, soweit sie in der Gemeinschaft gebunden sind, wahrnimmt, nicht anders, wie im Individualverkehr jeder durch Abgabe geeigneter Erklärungen seine Interessen wahrnimmt[1].

Wie oben gezeigt wurde, ist die Struktur des Rechtsgeschäftes, das die Beschlussfassung darstellt, keine andere wie zum Beispiel die eines Gesellschaftsvertrages. In Fällen, in denen ein Beschluss mit Einstimmigkeit gefasst werden muss, wird vom Gesetz als neue juristische Tatsache nur das anerkannt, worauf sich alle Teilnehmer am Beschluss geeinigt haben, ebenso wie beim Abschluss eines Kaufvertrages nur das als neue juristische Tatsache, nämlich als Inhalt des Verpflichtungsverhältnisses anerkannt wird, worüber sich die Parteien geeinigt haben. Wie nun aber ein solches Verpflichtungsverhältnis ex tunc wieder beseitigt werden kann, wenn eine der Parteien ihre Erklärung wirksam anficht, ebenso gut kann ein notwendig einstimmiger Beschluss wieder dadurch beseitigt werden, dass e i n Teilnehmer seine Erklärung anficht (anders natürlich beim Mehrheitsbeschluss). Es ist also zu behaupten, dass ein endgültig wirksamer Beschluss nur dann zustandegekommen ist, wenn eine — relevante — Anfechtung nach den Bestimmungen der §§ 119 ff. B.G.B. überhaupt nicht in Frage kommt oder nicht erklärt worden ist, ebenso wie ein endgültig wirksames Verpflichtungsverhältnis nur dann vorliegt, wenn keine der Erklärungen wirksam angefochten worden ist.

---

[1] Wenn in der Mitgliederversammlung eines Vereins ein Beschluss gefasst wird, den Mitgliedsbeitrag von RM. 20.— auf RM. 40.— zu erhöhen, da der Verein demnächst beträchtliche Aufwendungen für irgendwelche Zwecke machen muss, so wird das Mitglied A., wenn für dessen wirtschaftliche Verhältnisse eine derartig starke Erhöhung des Beitrages untragbar ist, wahrscheinlich gegen den Beschluss stimmen. Er nimmt damit nicht die Interessen des Vereins — diesem soll ja die Erhöhung des Beitrags zugute kommen — sondern lediglich seine eigenen Interessen wahr. Ein Zwang, diese hinter die Interessen des Vereins zurückzustellen, kann ja mit rechtlicher Wirkung nicht auf ihn ausgeübt werden. Nun hat A. sich bei der Abgabe seiner Abstimmungserklärung geirrt. Er hat seine Hand erhoben in der Meinung, dies bedeute Abstimmung g e g e n den Erhöhungsantrag. Tatsächlich hatte er damit f ü r den Antrag gestimmt. Gesetzt nun den Fall, es ist in der Satzung des Vereins bestimmt, dass der Mitgliedsbeitrag RM. 20.— beträgt, weiter, dass Satzungsänderungen nur einstimmig beschlossen werden können, so ist hierin der Wille der Gründer des betreffenden Vereins zu erblicken, dass bezügl. der Höhe des Mitgliedsbeitrages das Interesse jedes einzelnen Mitgliedes ebenso stark geschützt sein soll, wie im Individualverkehr (vergl. hiezu die Ausführungen oben S. 62/63). Es liegt dann ganz im Sinne der Ausgestaltung dieser individuellen Gemeinschaftsordnung, dass A. durch seine Anfechtung den ganzen Beschluss beseitigen kann. Anders freilich, wenn nach der Satzung die Erhöhung wirksam durch einen Mehrheitsbeschluss festgesetzt werden kann. In diesem Fall vermag sich das Interesse des A. dem Interesse der Mehrheit gegenüber nicht durchzusetzen, wenn seine Abstimmung für das Ergebnis nicht relevant ist (vergl. hiezu oben S. 62).

Ist also bezüglich keiner der Abstimmungserklärungen ein Anfechtungsgrund nach §§ 119 ff. B.G.B. gegeben, oder erfolgt eine — zulässige! — Anfechtung nicht, dann tritt, wenn sich z. B. die Mitglieder eines Vereines in der Mitgliederversammlung mit der erforderlichen Mehrheit auf irgend etwas geeinigt haben, wofür die Mitgliederversammlung seis nach Gesetz, seis nach der Satzung zuständig ist, auf Grund der Vorschrift des § 32 B.G.B. — „die Angelegenheiten des Vereins werden . . . geordnet"! — die Wirkung ein, dass der Gegenstand der Einigung als Wille des Vereines gilt. Die Wirkung des Beschlusses — die Entstehung eines Vereinswillens — darf also nicht darauf zurückgeführt werden, dass sich die Abstimmungserklärungen irgendwie in eigenartiger Weise verschmelzen[1], sondern nur darauf, dass das Gesetz (!) an das Rechtsgeschäft der Beschlussfassung diese Wirkung knüpft. Wie nun aber das Gesetz ein endgültig wirksames Verpflichtungsverhältnis, eine endgültig wirksame Uebereignung oder endgültig wirksames objektives Recht (Tarifvertrag!) nur entstehen lässt, wenn ein Anfechtungsgrund nicht gegeben ist, oder eine an sich zulässige Anfechtung nicht erfolgt — durch Anfechtung kann der Rechtserfolg wieder beseitigt werden —, so ist ebenso für die Bildung eines Gesamtwillens aus dem Willen der einzelnen Abstimmenden Voraussetzung, dass von keinem Beteiligten wirksam angefochten worden ist.

Eine ganz andere Frage ist, ob nicht, falls es über die Berechtigung der Anfechtung zum Prozess kommt, Beweisschwierigkeiten — wie hat der Anfechtende gestimmt? Bei geheimer Abstimmung — praktisch die Wirksamkeit einer Anfechtung ausschliessen.

Aus der Tatsache, dass der Inhalt eines Beschlusses Kraft Gesetzes als Wille der Gemeinschaft gilt, sind nun allerdings gewisse Folgerungen zu ziehen. Der Gesamtwille, w e n n er einmal durch einen endgültig wirksamen Beschluss gebildet ist, ist etwas von dem Einzelwillen der einzelnen Abstimmenden durchaus verschiedenes. Wenn also Stoll in seiner Untersuchung über die nicht rechtsfähigen Vereine[2] die These aufstellt, dass, wenn der nicht rechtsfähige Verein aus § 831 B.G.B wegen einer unerlaubten Handlung seines Vorstandes auf Schadensersatz belangt wird, eine Exkulpation nicht zulässig ist, die sich auf Willensinhalte der einzelnen Abstimmenden gründet, so stimme ich ihm uneingeschränkt bei. Aber dieses Ergebnis darf nicht auf eine angeblich eigenartige Willenseinigung zurückgeführt werden, sondern nur auf den Wil-

[1] Auch hier ist zu sagen — vergl. hiezu das oben S. 21 gegen Triepel bemerkte —, dass, wenn der Beschluss einer Mitgliederversammlung über deren Zuständigkeit hinausgreift, keine neue wirksame juristische Tatsache entsteht. Dies vermögen die Autoren, die die Wirkung, statt auf die Sanktion des Gesetzes, auf die Eigenart der Vereinigung der Erklärungen zurückführen, nicht zu erklären.

[2] Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts 2. Bd. S. 66.

len des Gesetzes, das dem Rechtsgeschäft, das die Beschlussfassung darstellt, die eigenartige Fähigkeit beilegt, einen Gesamtwillen zu schaffen, nicht anders, wie es den zusammentreffenden Erklärungen zweier Personen in Verbindung mit einem Realakt die Fähigkeit beilegt, einen unmittelbaren Uebergang eines Rechtes zu bewirken.

## 3. Kapitel:

## Die „gemeinsamen Rechtsgeschäfte".

Gehen wir auch hier von einem praktischen Beispiel aus:

Ein Erblasser hinterlässt seinen drei Söhnen A. B. u. C. ein Grundstück. Die drei Miterben einigen sich nun dahin, dass das Grundstück verkauft und der Erlös unter sie verteilt werden soll. D. tritt an die Miterben heran mit dem Angebot, das Grundstück für 20 000.— RM. zu erwerben. A. B. und C. verhandeln zunächst unter sich über dieses Angebot und beschliessen schliesslich, es anzunehmen und das Grundstück an D. zu verkaufen. Darauf hin treffen A. B. C. und D. beim Notar zusammen und schliessen zu dessen Protokoll den Kaufvertrag ab. Im Anschluss hieran begeben sich alle vier aufs Grundbuchamt und erklären dort die Auflassung des Grundstücks an D. Der Grundbuchbeamte trägt D. als Eigentümer ein.

Es sind hier drei Rechtsgeschäfte zu unterscheiden:

1. Der Beschluss der drei Miterben, das Grundstück an D. zu verkaufen.
2. Der Kaufvertrag mit D.
3. Das dingliche Verfügungsgeschäft zwischen A. B. und C. einerseits und D. andererseits.

Das Rechtsgeschäft unter Ziffer 1 ist ein Vertrag. Die neue juristische Tatsache, die durch die Einigung der drei Miterben geschaffen worden ist, ist die gegenseitige Verpflichtung jedes Miterben, beim Abschluss des Kaufvertrages — so, wie dieser von D. vorgeschlagen ist — und des dinglichen Uebereignungsvertrages mitzuwirken, d. h., die notwendigen Erklärungen vor dem Notar und dem Grundbuchbeamten abzugeben. Die Rechtfertigung dieses Vertrages liegt unmittelbar im Prinzip der Vertragsfreiheit im Schuldrecht[1]. Würde man annehmen, dass durch den Beschluss eine solche — evtl. durch Urteil (§ 894 Z.P.O.) zu erzwingende — Mitwirkungspflicht nicht begründet wird, so könnte man allerdings nicht von einem Vertrag sprechen. In diesem Fall hat es dann aber ebensowenig Sinn, diesen Beschluss als eine Vereinbarung der Miterben zu bezeichnen, wie dies Triepel[2]

[1] Insoweit richtig: Kuntze S. 46.
[2] S. 55 ff.

tut. Es liegt dann überhaupt keine wirksame neue juristische Tatsache — die Mitwirkungspflicht ist die allein denkbare — vor. Für die Rechtswissenschaft, die für Akte, die jeder Rechtswirkung entbehren, kein Interesse hat, besteht aber kein Anlass, solche unter bestimmte Rechtsbegriffe zu subsumieren.

Die Verträge Ziffer 2 und 3 erhalten beide ihr eigenartiges Gepräge dadurch, dass die eine Vertragspartei, nicht, wie gewöhnlich, aus einer, sondern aus mehreren, aus drei Personen besteht. Da die Willenserklärungen der Miterben natürlich alle an D. gerichtet werden müssen, handelt es sich um drei parallel[1] gehende Willenserklärungen. Dabei stellen offensichtlich diese drei Parallelerklärungen für sich allein — ohne die Gegenerklärung des D. — noch kein fertiges Rechtsgeschäft dar[2]. Der rechtsgeschäftliche Erfolg, auf den die Parallelerklärungen hinzielen, wird erst verwirklicht durch Hinzutreten der Erklärung des D. — oder, wenn das Angebot des D. vorausging, auf Grund dieser vorangegangenen Erklärung.

Nun kommen solche Parallelerklärungen nicht nur bei Verträgen vor. Sie finden sich vielmehr im Fall eines gemeinsamen Stiftungsgeschäftes durch mehrere ebenso, wie bei anderen einseitigen Rechtsgeschäften, so, wenn gemäss § 356 B.G.B. von mehreren Personen gemeinsam der Rücktritt erklärt oder von einem Ehepaar, das gemeinsam gemietet hat, gemeinsam die Kündigung erklärt wird. Sie können auch bei Beschlüssen vorkommen. Man denke an den möglichen Fall, dass eine Aktiengesellschaft A., die durch einen mehrgliedrigen Vorstand vertreten wird, als solche Aktionärin einer anderen Aktiengesellschaft B. ist. In der Generalversammlung der Aktiengesellschaft B. müssen gemäss § 252 H.G.B. die sämtlichen Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft A. die Stimme ihrer Gesellschaft durch gemeinsame Parallelerklärungen abgeben.

Die „gemeinsamen Rechtsgeschäfte", wie Tuhr[3] diese Erscheinungen nennt, haben also keinen spezifischen Charakter. Dies hebt schon Gierke[4] hervor, der sie deshalb nicht zu den Gesamtakten rechnet. v .Tuhr meint dasselbe, wenn er[5] bemerkt, dass ein Rechtsgeschäft dadurch, dass eine der notwendigen Willenserklärungen von mehreren Personen abgegeben wird, nicht seinen Charakter als einseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag verliert.[6] Da-

[1] v. Tuhr 2. Bd. S. 230.

[2] Darüber besteht in der Literatur kaum Streit. Abweichend nur Gleitsmann. Vergl. auch Eltzbacher S. 168: „Der Vertrag ist ein Tatbestand, der Gesamtakt nur eine rechtswirksame Tatsache . . . . . der Gesamtakt ist nichts dem Vertrag ebenbürtiges".

[3] 2. Bd. S. 230.

[4] Deutsches Privatrecht § 33.

[5] 2. Bd. S. 230.

[6] Vergl. ferner v. Tuhr 1. Bd. S. 515: „ . . . . . ferner hat das gemeinsame Handeln keinen spezifischen Inhalt, sondern kann bei Rechtsgeschäften jeder Art vorkommen.

mit ist bereits die Unhaltbarkeit der Begriffsbildung Kuntzes, der glaubte, die Gründung eines Vereins und die gemeinsame Kündigung eines Ehepaares unter e i n e n Begriff bringen zu können, erwiesen[1].

Eine andere Frage ist, ob es sich empfiehlt, den Begriff „Gesamtakt" eingeschränkt zur Kennzeichnung dieser Parallelerklärungen zu verwenden.[2] v. Tuhr hält dies nicht für zweckmässig (vergleiche 2. Bd. S. 230: „Der Ausdruck Gesamtakt ist zu vermeiden, da er in sehr verschiedener Bedeutung gebraucht wird".) Das Bedenken v. Tuhrs ist berechtigt. Es erscheint an sich unzweckmässig und verwirrend, einen Begriff, der in solch unmöglicher und unglücklicher Gestalt in die Rechtswissenschaft eingeführt und, zwar umstritten, doch eine gewisse Festigkeit gewonnen hat, weiter zu verwenden.

Abgesehen davon ist nicht zu verkennen, dass die gemeinsamen Rechtsgeschäfte ihrerseits wieder in zwei Gruppen zerfallen. Greifen wir auf unsere Miterben zurück. Angenommen, A. ist beim Abschluss des Kaufvertrages geschäftsunfähig. Welchen Einfluss hat dies auf die Wirksamkeit des Vertrages? § 139 B.G.B. ist anzuziehen.[3] Seine Anwendung wird zu dem Ergebnis führen, dass das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. Es lassen sich aber andere Fälle einer Verpflichtung durch mehrere denken, in denen die Verpflichtungserklärung des einen von der Nichtigkeit der Erklärung des anderen unberührt bleibt.[4] Dies hängt mit der Tatsache zusammen, dass man sich gültig verpflichten kann, das Eigentum an einer fremden Sache zu übertragen. Dann muss auch eine gültige Verpflichtung dahin, eine Sache, die einem nur mit anderen zusammen gehört, zu übereignen, möglich sein.

Anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen mehrere Personen nur zusammen eine wirksame Rechtshandlung vornehmen können. Dies ist dann der Fall, wenn mehrere Personen bereits in einer rechtlichen Beziehung zueinander stehen. Man denke an die Miterben, die nach § 2040 B.G.B. über einen Nachlassgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können, an den Vorstand einer Aktiengesellschaft, dessen Mitglieder nach § 232 H.G.B. die Gesellschaft nur gemeinsam vertreten können, weiter an die Gesamtprokuristen (§ 48 II H.G.B.) oder an die Mitvormünder (§ 1797 Abs. 1 B.G.B.). Hier fehlt der einzelnen Willenserklärung

---

[1] Dies verkennt auch Gierke „Deutsches Privatrecht" § 33 S. 283 Anm. 3 nicht.

[2] So Enneccerus Allgem. Teil § 99.

[3] Vergl. hiezu R.G. 59,174; 62,184, wo ausgeführt wird, dass § 139 B.G.B. auch dann Anwendung findet, wenn auf der einen Seite des Vertrags mehrere Personen beteiligt sind. Vergl. hiezu weiter v. Tuhr 2. Bd. S. 192: „Einheit des Rechtsgeschäfts kann auch dann angenommen werden, wenn auf einer Seite statt e i n e r Person m e h r e r e Personen beteiligt sind". Weiter Reichsgericht in Jur. W. 1910 S. 473, in Leipziger Zeitschrift 1924, S. 329 und Entscheidungen in Zivilsachen 99, 52.

[4] Vergl. R.G. 59, 174; 77, 55; 88, 412.

die Kraft, für sich allein die erstrebte Rechtswirkung hervorzubringen. Nur die Gesamtwillenserklärung, in der alle notwendigen Einzelwillenserklärungen zusammengefasst sein müssen, ist hiezu imstande.[1] Wenn also in unserem Fall A. bei der Auflassung geschäftsunfähig war, so ist die ganze Verfügung unwirksam. Zwar kann A. nach Wegfall seiner Geschäftsunfähigkeit genehmigen.[2] Tut er dies nicht, so wird aus der schwebenden eine endgültige Unwirksamkeit des ganzen Geschäfts. Das Grundbuch ist unrichtig.

Schon Kuntze hat diesen Unterschied empfunden.[3] Er unterscheidet vom Gesamtakt den sogenannten „Simultanakt“[4]. Bei letzterem sind die einzelnen Parallelerklärungen unabhängiger voneinander. Nur aus § 139 B.G.B. können sich gemeinsame Schicksale ergeben.[5]

Wenn oben S. 77 Beispiele für Gesamtakte — wir wollen einmal Kuntze's Terminologie zugrundelegen — angeführt worden sind, also z. B. Verfügungen der Miterben, Rechtsgeschäfte der Gesamtprokuristen mit Dritten, so ist dies nur so zu verstehen, dass in diesen Fällen Gesamtakte (Gesamtwillenserklärungen) vorkommen k ö n n e n. Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung der einzelnen Normen — z. B. § 2040 B.G.B. — nicht davon ausgegangen, dass sich das Zusammenwirken der mehreren Beteiligten in Form eines Gesamatktes vollziehen m ü s s e. Dies kommt in den betreffenden Bestimmungen nirgends zum Ausdruck. Vielmehr liegt jede Art von Zusammenwirken im Sinne des Gesetzes, durch die die Interessen, die der gesetzlichen Normierung zugrunde liegen, wirksam geschützt werden. Wenn z. B. in § 232 Abs. 1, Satz 1 H.G.B. zu Willenserklärungen für die Aktiengesellschaft die Mitwirkung sämtlicher Mitglieder des Vorstandes verlangt wird, so wird das Interesse der Aktiengesellschaft, nur durch Zusammenwirken einer Mehrzahl von Personen wirksam verpflichtet zu werden, vollauf gewahrt, wenn auch nur ein einzelnes Vorstandsmitglied dem Geschäftsgegner gegenüber auftritt, und die übrigen Mitglieder ihrem Kollegen seis vorher Vollmacht zu dem Rechtsgeschäft, seis nachträglich Genehmigung erteilen.[6]

Ob dem ein schutzwürdiges Interesse des Geschäftsgegners entgegensteht, kann aus dem Normenkomplex der §§ 164 ff. B.G.B. in Verbindung mit den Vorschriften, die die Gesamtvertretung als Abweichung vom Regelfall (§ 53, Abs. 1, Satz 2, HGB.) bezw. die Einzelvertretung als Abweichung von der Gesamtvertretung (§§ 198 Abs. 2, 199 Abs. 1 H.G.B.) registerpflichtig (§ 15 H.G.B.!) machen, entnommen werden. In den §§ 164 ff. B.G.B.

---

[1] Vergl. hiezu im Einzelnen Moses, Erlanger Diss. 1922.

[2] Die herrschende Lehre wendet — wohl mit Recht — § 185 B.G.B auch auf die Fälle der Gesamtwillenserklärung an. vergl. Staudinger Erbrecht S. 379.

[3] S. 67 ff.

[4] Vergl. hiezu das oben S. 3 ausgeführte.

[5] Vergl. R.G. 59, 174; 62, 184.

[6] Von dieser Erwägung lässt sich auch R.G. 112, 217 leiten.

tritt der Gedanke zutage, dass der Geschäftsgegner, sofern er nur erkennen kann, dass der Abschliessende in fremdem Namen handelt (§ 164 Abs. 2), nicht notwendig erfahren muss, dass Vollmacht bezw. Genehmigung erteilt sind (§ 167 Abs. 1 B.G.B.: „Erklärung an den zu Bevollmächtigenden"). Gemäss §§ 174, 177 Satz 2 B.G.B. ist dies seinem Willen überlassen.

Diese Interessenwertung wird, nachdem das Gesetz durch die Publizitätsvorschriften (Handelsregister!) die Voraussetzung, die (mögliche!) Kenntnis des Geschäftsgegners von den Vertretungsverhältnissen geschaffen hat, auf die Fälle der notwendigen Mitwirkung mehrerer zu übertragen[1] und demgemäss ein schutzwürdiges Interesse des Geschäftsgegners daran, dass das Zusammenwirken der Parteigenossen sich in Form von gleichzeitigen Parallelerklärungen ihm gegenüber vollzieht, zu verneinen sein.

Bleibt das Interesse des Verkehrs, für den der Gesamtakt zweifellos ein ungeeignetes, weil zu schwerfälliges Institut darstellt. Dies ist von der Praxis, nachdem sich noch R.G. 40, 17 auf den strengen Standpunkt gestellt hatte, erkannt worden und das Reichsgericht hat deshalb in seiner grundlegenden Entscheidung Bd. 81, S. 325 den Gedanken der Teilwillenserklärung — worin ja das Wesen des Gesamtaktes liegt — ausdrücklich fallen lassen.[2] [3] An dieser Rechtsprechung hat das Reichsgericht ungeachtet vieler Angriffe festgehalten, vergl. z. B. R.G. 101, 343; 106, 269; 118, 168; in Jur.W. 1908, 151; 1913, 482.

Das gleiche Problem hat die Praxis bei Verfügungen von Miterben beschäftigt. Während hier das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 93, S. 292 ff. sich noch auf den Standpunkt gestellt hatte, dass die entgegen § 20 40 B.G.B. nur von e i n e m der Miterben getroffene Verfügung nicht nach § 185 Abs. 2 B.G.B. durch

---

[1] Vergl. auch R.G. 106,269 bezügl. Gesamtprokuristen: „Die Klägerin konnte die Vertretungsverhältnisse bei der Beklagten aus der bisherigen Geschäftsverbindung, sie musste (!) sie auch aus dem Handelsregister (!) kennen."

[2] Das Reichsgericht sagt ganz offen: „Indessen hat sich in der Rechtsanwendung doch gezeigt, dass die Konstruktion der Teilerklärung gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht durchgeführt werden kann."

[3] Die Schwenkung des Reichsgerichts kündigt sich bereits in der Entscheidung 61,223 an: Die Genehmigung (!) eines von einem einzelnen Gesamtvertreter abgeschlossenen Vertrags müsse dem Vertragsgegner gegenüber erfolgen. Ebenso R.G. 80,182 und Reichsgericht im „Recht" 1907 S. 823 bezügl. vorhergehender Bevollmächtigung. Ebenso Reichsgericht in Jur. W. 1905, 527 betreffend Genehmigung. Weiter R.G. 63,69 (hier werden die §§ 177,182 Abs. 2 und § 184 Abs. 1 B.G.B. für anwendbar erklärt). Schliesslich darf R.G. 75,419 ff. erwähnt werden: „Die Genehmigung . . . . . hat zwar dem Vertragsgegner gegenüber zu erfolgen, . . . . . aber dies kann auch durch schlüssige Handlungen oder Unterlassungen dessen, der die Genehmigung zu erteilen hat, geschehen". Aehnlich Reichsgericht in Jur. W. 1908,151 Hier wird allerdings der Genehmigung rückwirkende Kraft gemäss § 184 Abs. 1 B.G.B. versagt. Vergl. weiter Reichsgericht in Jur. W. 1911 S. 491. In Jur. W. 1900, 663 operiert das Reichsgericht mit dem Gedanken, dass die Mitglieder des Vorstandes einem der Ihren Handlungsvollmacht erteilen können. (Ebenso schon R.G. 48,58).

nachträgliche Genehmigung der übrigen Miterben wirksam werden kann,[1] [2] hat es in einer ganz neuen in Jur.W. 1930 S. 29 25 abgedruckten Entscheidung für den Fall der vorherigen Zustimmung die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Darnach soll die im voraus erklärte Zustimmung die Verfügung des nicht für sich allein Verfügungsberechtigten von vornherein wirksam sein lassen. Denn es ist nach der Auffassung des Reichsgerichts nicht notwendig, dass die vom Gesetz erforderte Mitwirkung aller Erben sich in einem einheitlichen Vorgang äussert[3]: „Die Einwilligung des § 185 Abs. 1 B.G.B. kann nach § 182 B.G.B. mit Rechtswirksamkeit sowohl dem verfügenden Miterben gegenüber, wie auch dem Vertragsgegner dieses Miterben erklärt werden . . . . . diese Einwilligung nach § 185 B.G.B. bedarf gemäss § 182 Abs. 2 B.G.B. nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form". Diese Sätze sind durchaus zu billigen. Nur müssen dann folgerichtig die §§ 182 ff. B.G.B. auch auf den Fall der nachträglichen Genehmigung eines Miterben Anwendung finden.[4] Das Reichsgericht hat es — wie üblich — vermieden, in der Entscheidung in Jur.W. 1930, 2925 hiezu Stellung zu nehmen, es hat sich vielmehr darauf beschränkt, die in Bd. 93 S. 292 abgedruckte Entscheidung zu erwähnen. Diese ist m. E. unrichtig.

In der Entscheidung Bd. 81 S. 325 beruft sich das Reichsgericht auch auf die §§ 125 Abs. 2, Satz 2, 232 Abs. 1, Satz 2 H.G.B. Hiedurch wird aber in die Begründung dieses Urteils eine gewisse Gegensätzlichkeit hineingetragen. Bei der Schaffung dieser beiden handelsrechtlichen Bestimmungen ist, wie die Denkschrift zum H.G.B.[5] hervorhebt, davon ausgegangen worden, dass, wenn von zwei Gesamtvertretern der eine allein ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, die Genehmigung von der Gesamtvertretung als solcher erfolgen muss, da nur alle Vertreter zusammen eine wirksame Gesamtwillenserklärung (hier die notwendige Genehmigung)

---

[1] R.G. 93,292: „Dem einzelnen Erben mangelt jedes Verfügungsrecht betr. eines Nachlassgegenstandes überhaupt; jede einzelne Verfügung für sich ist mithin wirkungslos". Ebenso Reichsgericht in Jur. W. 1907, 834.

[2] Gegen das Reichsgericht Jacobj in der Anmerkung zu Reichsgericht in Jur. W. 1925 S. 604. Er zieht einen Schluss e majore ad minus: Der Gesamthänder könne nicht schlechter gestellt sein als der ganz Unbefugte. Ebenso Entscheidung des Kammergerichts in Jur. W. 1921,249 mit eingehenden Literaturnachweisen und einem Hinweis auf die Motive zum B.G.B. (Mot. 2,875 zu § 763 E I, jetzt § 747).

[3] R.G. 111, 338 ff.; 112, 129 ff.

[4] In seiner Entscheidung Bd. 81, S. 325 sagt das Reichsgericht bezügl. der Gesamtvertretung, bei der die gleichen Probleme auftauchen wie bei der Miterbenverfügung, ganz richtig: „Es muss in jenen Vorschriften (sc. § 232 H.G.B. usw.) der Gesetzeswille erblickt werden, dass in allen Fällen der Gesamtvertretung der eine Vertreter dem anderen durch eine an ihn gerichtete formlose Erklärung Vollmacht verschaffen kann. Auch von der Genehmigung muss das gleiche angenommen werden, da für eine unterscheidende Behandlung der vorherigen und der nachträglichen Zustimmung kein Grund ersichtlich ist" (!).

[5] S. 91.

abgeben können.[1] [2] In dieser Gesamtwillenserklärung muss natürlich notwendig auch die Teilwillenserklärung dessen enthalten sein, der vorher allein das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Es muss also dieser ein Rechtsgeschäft, nämlich die Genehmigung, als Vertreter (der A.-G. im Fall des § 232 H.G.B.) mit sich selbst vornehmen. Diesem Selbstkontrahieren steht aber offensichtlich das Verbot des § 181 B.G.B. entgegen.[3] Da, wie Titze mit Recht hervorhebt, bei der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft eine „Gestattung" von Seiten des Vertretenen begrifflich unmöglich ist, so hat diese bei diesen beiden Gesellschaften generell durch das Gesetz erfolgen müssen. Titze[5] erblickt deshalb in den §§ 125 Abs. 2, Satz 2, 232 Abs. 1, Satz 2 H.G.B. nicht Ausnahmevorschriften, sondern ein allgemeines Prinzip, das für alle Gesamtvertretungsverhältnisse gilt. Legt man dies zugrunde, so kann man in den angeführten handelsrechtlichen Bestimmungen, die die Zulässigkeit der Ermächtigung auf die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften beschränken, gewissermassen eine für alle Fälle der Gesamtvertretung massgebende gesetzliche Festlegung der Tragweite des „Gestattens" erblicken. Dem scheint auch Titze bezügl. der Gesamtprokura zuzustimmen,[6] obgleich er mit dem argumentum a majore ad minus operiert, dass die Gesamtprokuristen, die jedem Dritten mit Wirkung gegen den Prinzipal Generalhandlungsvollmacht erteilen können, hiezu auch einem ihrer Kollegen gegenüber befugt sein müssten.[7]

Eine eigenartige Konstruktion führt Moses[8] durch: Er lehnt, gerade vom Wesen der Gesamtwillenserklärung ausgehend, die Anwendung des § 181 B.G.B. ab.[9] Er sagt, in § 181 werde dem Vertreter verboten, ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vorzunehmen. Nun könne man gar nicht sagen, dass der Gesamtvertreter, der sich selbst zusammen mit den anderen Gesamtvertretern Genehmigung erteile, ein „Rechtsgeschäft mit sich" vornehme, da dieses einseitige Rechtsgeschäft der Genehmigung eine für sich wirksame Willenserklärung voraussetze, die Teilwillenser-

---

[1] Auf diesen Standpunkt stellt sich auch R.G. 40,18.

[2] Es wurde also bei der Schaffung der §§ 125,232 H.G.B. gerade von der Theorie der Teilwillenserklärungen ausgegangen, deren Unrichtigkeit das Reichsgericht durch den Hinweis auf die §§ 125,232 H.G.B. dartun will.

[3] Vergl. hiezu auch Votteler, Tübinger Diss. 1923 über nachträgliche Zustimmung bei der Gesamtvertretung. Weiter Jordan, Heidelberger Diss. 1928 über die gemischte Gesamtvertretung.

[4] „Das kaufmännische Hilfspersonal" in Ehrenbergs Handbuch Bd. 2 S. 940.

[5] S. 940.

[6] S. 941.

[7] S. 940.

[8] Erlanger Diss. 1922 S. 61.

[9] Aehnlich das Reichsgericht in Jur. W. 1900, 663: „Die Unterscheidung des Vorstandes von der Einzelpersönlichkeit seiner Mitglieder hilft über die Bedenken gegen diese Selbstbevollmächtigung hinweg".

klärung des mit sich kontrahierenden Gesamtvertreters aber für sich allein gar keine solche wirksame Willenserklärung darstelle.

Wie man nun immer konstruieren mag —, auch wenn man richtigerweise die Theorie der Gesamtwillenserklärung ablehnt und annimmt, dass die zu dem Rechtsgeschäft eines einzelnen Gesamtvertreters im voraus zu erteilende Vollmacht und die nachträglich zu erteilende Genehmigung durch die selbständigen und jede für sich wirksamen Erklärungen der übrigen Gesamtvertreter sei's dem Geschäftsgegner, sei's dem Gesamtvertreter gegenüber gegeben werden können — die Bedeutung der angeführten Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs kann nicht übersehen werden und es besteht denn auch in der Rechtslehre[1] und Rechtsprechung[2] ziemliche Einigkeit darüber, dass die Erteilung einer Generalvollmacht an einen der Gesamtvertreter als unvereinbar mit dem Zweck der Gesamtvertretung und deshalb ein auf Grund einer solchen Generalvollmacht von einem der Gesamtvertreter abgeschlossenes Rechtsgeschäft dem Vertretenen gegenüber nicht als wirksam anzusehen ist.

Wir gelangen also zu der Feststellung, dass das notwendige Zusammenwirken mehrerer Personen in den Fällen der Gesamtvertretung und anderer Rechtsgemeinschaften, das auf den ersten Blick sich in der Form von Parallelerklärungen vollziehen zu müssen scheint, tatsächlich in ganz verschiedener Weise erfolgen kann. Kuntze rettet seinen Gesamtakt auch über diese Klippe hinüber, indem er aequale und inaequale Gesamtakte unterscheidet und unter letzteren die Fälle der Zustimmung und Genehmigung versteht.[3] Ein praktischer Zweck, der die Zusammenfassung dieser juristisch durchaus verschiedenen Erscheinungen unter einem Rechtsbegriff rechtfertigen würde, ist aber nicht ersichtlich.

## Ergebnis.

Blicken wir zurück, so erkennen wir, dass die Autoren, die den Gesamtakt und die Vereinbarung als selbständige Rechtsbegriffe in Gegensatz zum Vertrag gestellt haben, die Bedeutung und Tragweite des Vertrages verkannt haben. Wenn z. B. Ruth die Beschlüsse von Körperschaften als körperschaftliche Gesamtwillensakte bezeichnet, so ist gegen diese Terminologie an sich nichts einzuwenden. Sie bringt die Eigenart der Rechtsgeschäfte und Verträge, durch die ein einheitlicher Wille einer juristischen Person geschaffen wird, sinnfällig zum Ausdruck. Aber so wenig die Adop-

[1] So Poetsch Leipziger Diss. 1911 S. 17. Staub Anm. 10 zu § 125, Anm. 8 zu § 232, und Anm. 10 zu § 48. Düringer—Hachenburg Anm. 10 zu § 48.

[2] R.G. 86,265; Reichsgericht in Jur. W. 1912,526; Reichsgericht in Leipziger Zeitschrift 1928 S. 1694.

[3] S. 50.

tion deshalb aufhört, Vertrag zu sein, weil sie ein Statusakt ist,[1] ebensowenig darf der Beschluss deshalb, weil er Gesamtwillensakt ist, aus dem Kreis der Rechtsgeschäfte und Verträge (einstimmiger Beschluss!) ausgeschlossen werden. Vertrag und Gesamtwillensakt dürfen nicht als Gegensätze empfunden werden. Die beiden Begriffe liegen auf ganz verschiedenen Ebenen. Soweit das Gesetz den Rechtssubjekten gestattet, nach freier Wilkür in gleichberechtigtem Zusammenwirken Rechtswirkungen zu schaffen, muss diese Privatautonomie durch Verträge ausgeübt werden. Da das Gesetz einer solchen Privatautonomie in verschiedener Richtung Spielraum gewährt, so lassen sich die Verträge wieder in verschiedene Gruppen teilen, die alle wieder besondere Merkmale aufweisen können. Dass schuldrechtliche, dingliche, familienrechtliche und Normenverträge unterschieden werden können, ist Gemeingut der Rechtswissenschaft. Dass die Gründungsakte und die Beschlüsse nichts anders darstellen als weitere Erscheinungsformen des Vertrages, sollte in vorliegender Arbeit zu klären versucht werden.

---

[1] Vergl. auch oben S. 44 Anm. 2.